MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

José Araujo-Juárez



Revista Venezolana de
Legislación y Jurisprudencia, C.A.
Caracas, 2024

2.ª Reimpresión

José Araujo-Juárez

Manual de Derecho Administrativo

2.ª reimpresión de la 1.ª edición

Presentación
a cargo de Miguel Ángel Torrealba Sánchez

Colección *Opera maior* N.º 6



Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A.
Caracas, 2024

Colección *Opera maior*, está enfocada en la difusión de obras cuya estructura corresponde a cursos, manuales, lecciones o tratados.
Coordinador: Edison Lucio Varela Cáceres
Textos de la colección:

N.º 1 *Curso de Derecho Civil III Obligaciones* de María Candelaria Domínguez Guillén (2017).
N.º 2 *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional* de Claudia Madrid Martínez (2018).
N.º 3 *Manual de Derecho Sucesorio* de María Candelaria Domínguez Guillén (2.ª edición, 2019).
N.º 4 *Lecciones de Derecho Civil I Personas* de Edison Lucio Varela Cáceres (2019).
N.º 5 *Corrupción Administrativa* de Carlos Simón Bello Rengifo (2022).

Otras colecciones: Cátedra Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Estudios, *Opera minor* y *Breviarium*.

1ª edición noviembre 2013, 1.ª reimpresión junio 2016, Ediciones Paredes II, C.A.
2.ª reimpresión Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.)

Diseño y diagramación: Isis Pernía (Las características gráficas y tipográficas pertenecen a Ediciones Paredes II, C.A.)

Depósito Legal N.º DC2024000206
ISBN: 978-980-7561-21-1

Correo: revistavenezolanalj@gmail.com
X / Instagram: @la_rvlj
www.rvlj.com.ve
Los Ruices, Caracas-Venezuela. Código Postal 1071
Teléfono: (0212) 234.29.53

PRESENTACIÓN

Una tarde de noviembre de 2013 tuve el privilegio de asistir a la presentación de este libro en el edificio CERPE de la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas. Allí pude compartir una amena velada con el estimado jurista y amigo José Araujo-Juárez, así como con un grupo de distinguidos profesores y también amigos, dedicados a la enseñanza e investigación del Derecho Administrativo.

De lo allí conversado no olvido una confesión del autor en sus palabras de presentación. Intentaré resumirla, aunque luego de una década solo quede la esencia del qué y no del cómo lo expresó: Este "pequeño" libro era, probablemente, una de las obras a las que debió destinar más esfuerzo y dedicación, dado que uno de los retos más difíciles para un investigador académico es resumirse a sí mismo sin perder la claridad ni el rigor. Y eso es precisamente lo que es este Manual, aunque Araujo-Juárez no lo haya llamado así. Un resumen de décadas de estudio, de lecturas, de investigación y de las reflexiones propias de quien, como he mencionado en anterior ocasión y no dudo en reiterar en esta, es uno de los pocos tratadistas contemporáneos del Derecho Administrativo venezolano y consulta obligada para el estudio de la disciplina.

Y es que escribir un "pequeño" libro que compendie lo que previamente se ha desarrollado en obras monográficas o tratados, como es el caso, tiene que implicar para quien lo hace un esfuerzo arduo y hasta ingrato, pues habrá de seleccionar de todo lo leído, investigado y escrito, lo que considere imprescindible para plasmarlo en capítulos de escasas páginas. Y luego viene la revisión del texto en su totalidad con el fin de comprobar que cada capítulo, sin perder la unidad, se enmarque armónicamente en la visión de conjunto de la obra. Y además, que el todo sea comprensible, útil, pertinente y armonioso.

Y por si fuera poco, como señaló el autor, que el resultado conserve la claridad y rigurosidad académica. Que sea a la vez didáctico, claro,

conciso y preciso. Nada más y nada menos. Eso es lo que debe ser un Manual de Derecho para estudiantes universitarios. Quizá harían bien en estar al tanto de ello quienes se refieren a los manuales de forma despectiva, considerándolos como obras menores en la carrera académica. Y también quienes, al redactar las normativas universitarias, los descalifican *a priori* para presentarse como trabajos aptos con el fin de ascender en el escalafón docente o de constituirse en tesis doctorales.

Por supuesto, aquí la referencia es a los Manuales producto del buen hacer y no de la improvisación o ligereza. Que también hay de estos últimos, lamentablemente, en nuestra doctrina jurídica. En contraste, un buen texto destinado al estudio y la consulta de estudiantes de Derecho de pregrado o postgrado puede ser tan valioso y meritorio como una monografía que aporte luces a una categoría jurídica poco estudiada o que le da un enfoque novedoso. Sin ir muy lejos, como ejemplo allí está, bien conocido entre todos los administrativistas de habla hispana, el *Curso de Derecho Administrativo* de García de Enterría y Fernández Rodríguez, cuya primera edición está por alcanzar el medio siglo.

Es en ese buen hacer en el que –por supuesto y cabalmente– se incluye el texto que ahora se "reimprime", a falta de un vocablo más preciso que describa la acción de colocar en formato electrónico de acceso abierto una obra previamente publicada en papel y tinta. Pero este libro tiene otro valor añadido. Fue producto de la experiencia de su autor, no solo en lo profesional, ni tampoco únicamente en su larga docencia en los cursos de Especialización de diversos postgrados, sino también en la interacción directa con sus destinatarios primordiales, pero no los únicos. Y es que José Araujo-Juárez, con la vocación pedagógica universitaria que lo caracteriza, impartió clases de Derecho Administrativo en el pregrado y postgrado de la UCAB mientras iba escribiendo estas páginas con el fin de que el texto respondiera a los requerimientos de los planes y programas de estudio así como a las necesidades de los estudiantes que se adentran en la disciplina.

En cuanto al libro en sí, cubre de manera general buena parte de los contenidos en el esquema temático a que nos tiene acostumbrados el autor en sus obras más extensas. Así pues, partiendo de revisar los aspectos fundamentales de la teoría general del Derecho Administrativo,

prosigue con las fuentes. Luego entra al estudio de la Administración Pública tanto desde el punto de vista conceptual como en el análisis del régimen jurídico venezolano, para seguidamente estudiar en el tema del acto administrativo tanto en sus principios teóricos como en su regulación. De seguida, le da similar tratamiento al contrato administrativo, para después adentrarse en la categoría del servicio público. Prosigue la exposición de la teoría de la función pública para concluir en lo que el autor llama la teoría del control, en la que incluye tanto el procedimiento administrativo de primer grado o de formación del acto como el de segundo grado o de revisión de este. Culmina el Manual abordando los principales aspectos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Queda así realizada, en una visión panorámica, una primera y completa aproximación a la llamada parte general del Derecho Administrativo, excluyendo al Contencioso-Administrativo, lo que se corresponde en sus líneas básicas con los contenidos programáticos de los dos primeros años de estudio de la disciplina en las universidades venezolanas.

Lo antes expresado justifica, sin necesidad de mayor explicación, la presente iniciativa de la editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, al poner esta valiosa y muy útil obra a disposición de todos los interesados. Especialmente de las nuevas generaciones, a quienes se les dificulta el acceso a las obras en papel dada la debacle editorial venezolana del último decenio que dificulta las nuevas ediciones e incluso las reimpresiones en formato tradicional. Y también porque, como he puesto de relieve en previa ocasión, por diversas razones, la comercialización de libros jurídicos en formato electrónico no es actualmente una alternativa viable para su difusión masiva entre nuestros estudiantes de Derecho.

Expresada la justificación, el propósito y el contenido de la obra, valga una advertencia, cuya inclusión expresa pidió José Araujo-Juárez para autorizar esta iniciativa editorial, en una demostración de esa honestidad académica que lo caracteriza y que no podemos dejar de compartir. Este texto se corresponde con una "reimpresión", en el sentido de que es el mismo texto que fue publicado en papel hace más de diez años en la colección Manuales Universitarios de Ediciones Paredes.

Por tanto, el lector habrá de tener la precaución de considerar los cambios normativos acaecidos con posterioridad. Modificaciones que, añado, no son demasiadas ni demasiado importantes prescindiendo de las desafortunadas reformas de la Ley Orgánica de la Administración Pública, actual Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de 2014. Quizá algún otro instrumento legal de similar fecha, pues, a partir de 2015 –prescindiendo del lamentable episodio de la sedicente "Asamblea Nacional Constituyente" de 2017-2020– la actividad legislativa ha sido bastante escasa por razones que no vienen al caso referir. De igual forma, en la bibliografía colocada al final de cada tema habrá de considerarse alguna obra monográfica o colectiva más reciente, pero que no son abundantes. Máxime, tratándose de un texto de estudio con fines didácticos y sin pretensiones de exhaustividad.

Ya para culminar, debo agradecer, en primer lugar, a José Araujo-Juárez, por su gentileza y generosidad al renunciar a cualquier derecho patrimonial con la colocación de este libro en formato electrónico de acceso abierto. Y en segundo término, a Ediciones Paredes, comenzando por Williams Paredes, y a todo su equipo, por su desprendimiento, al ceder sin contraprestación el texto que ahora se pone a disposición de todos los interesados. Así pues, solo queda esperar que esta valiosa y "pequeña" obra en extensión, pero grande en utilidad, siga produciendo sus fecundos frutos, familiarizando a sus lectores con las instituciones y categorías básicas del Derecho Administrativo de la mano de uno de nuestros grandes doctrinarios, ahora desde el ciberespacio.

Miguel Ángel Torrealba Sánchez
Marzo de 2024

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Para mayor comodidad se ha utilizado, en el texto, el sistema de abreviaturas que se indica a continuación con relación a organismos, leyes, reglamentos y demás normas sub-legales de frecuente uso:

C:	Constitución
CC:	Código Civil
C de C:	Código de Comercio
CCF:	Consejo Constitucional francés
CE:	Consejo de Estado francés
CF:	Corte Federal
CFC:	Corte Federal y de Casación
COPP:	Código Orgánico Procesal Penal
COT:	Código Orgánico Tributario
CP:	Código Penal
CPC:	Código de Procedimiento Civil
CPCA:	Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CSJ/CP:	Corte Suprema de Justicia, Corte Plena
CSJ/SPA	Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa
DRAE:	Diccionario de la Real Academia Español
DPGR:	Doctrina de la Procuraduría General de la República
EJV:	Editorial Jurídica Venezolana, Caracas
FPGR:	Fundación Procuraduría General de la República
FUNEDA:	Fundación Estudios de Derecho Administrativo
GFJAF:	Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa
GF:	Gaceta Forense
GO:	Gaceta Oficial
IDP:	Instituto de Derecho Público, UCV
IEP:	Instituto de Estudios Políticos
JCSJ:	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
LCC:	Ley contra la Corrupción
LCP:	Ley de Contrataciones Públicas
LEERJPFEAPNEM:	Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios

LEFP:	Ley del Estatuto de la Función Pública
LFSA:	Ley Forestal de Suelos y Aguas
LGDJ:	*Librairie General de Droit et Jurisprudence, Paris*
LOAP:	Ley Orgánica de la Administración Pública
LOACCMGEPOEN:	Ley Orgánica de Armonización y Coordinación de Competencias en Materia de Gas y Electricidad de los Poderes Municipal, Estadal y Nacional.
LOCE:	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LOCSJ:	Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia
LOEE:	Ley Orgánica sobre Estados de Excepción
LOH:	Ley Orgánica de Hidrocarburos.
LOHG:	Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos
LOJCA:	Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
LOOT:	Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio
LOPA:	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos
LOPGR:	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
LOPPM:	Ley Orgánica del Poder Público Municipal
LOREBSCAPF:	Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos
LOPSAPS:	Ley Orgánica de la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento
LOSSE:	Ley Orgánica del Sistema del Servicio Eléctrico
LOTEL:	Ley Orgánica de Telecomunicaciones
LOTSJ:	Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia
LOTTT:	Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras
LPIPRC:	Ley sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones
LPO:	Ley de Publicaciones Oficiales
LRPLOSSS:	Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.
LSTA:	Ley de Simplificación de Trámites Administrativos
M:	Memoria
PGR:	Procuraduría General de la República
RAP:	Revista de Administración Pública, Madrid
RDA:	Revista de Derecho Administrativo, Ed. Sherwood, Caracas
RDC:	Revista de Derecho Constitucional, Ed. Sherwood, Caracas

RDP:	Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas
RDPGR:	Revista Doctrina Procuraduría General de la República, Caracas.
RF:	Repertorio Forense
RFPGR:	Revista Fundación Procuraduría General de la República, Caracas
RGLSE:	Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico
RLCP	Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas
RLOHG:	Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos
RLOT:	Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo
RRRRDC:	Resolución Reglamentaria sobre Recepción y Remisión de Documentos por Correo
RTD:	Revista Tachirense de Derecho
SC:	Sala Constitucional
SCC:	Sala de Casación Civil
SE:	Sala Electoral
SF:	Sala Federal
SFC:	Sala Federal y de Casación
SPA:	Sala Político-Administrativa
TC:	Tribunal de Conflictos francés
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia
TSJ/SC:	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional
TSJ/SPA:	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa
TSJ/SPA Acc:	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa Accidental
UCV:	Universidad Central de Venezuela

PREFACIO

El Derecho administrativo se ha descrito como: "*La prèmiere des sciences inexactes y la dèrniere des Beaus Arts*" (Anónimo); por un lado debido a su especificidad y, consecuentemente, a la dificultad de su comprensión (*arduus iuris*); y por el otro a los refinamientos conceptuales y técnicos propios del Derecho administrativo, se considera el trabajo especulativo más acucioso y más fino de la ciencia jurídica en el Siglo XX (*ars iuris*).

El estudio teórico y crítico del Derecho administrativo exige, con carácter inicial, la presentación de los postulados fundamentales que determinan un marco conceptual mínimo de referencia, los cuales servirán para indagar el contenido y la identidad científica del sistema de Derecho administrativo contemporáneo. A continuación se enumeran estos postulados sin jerarquización alguna ya que, en todo caso, solo tienen como finalidad servir como lo que son, punto de partida de cuantos análisis quieran luego realizarse.

I. Sistematización del Derecho administrativo — El primer postulado característico es que, a diferencia del Derecho privado que contaba con un sistema normativo muy completo y construido desde hacía muchos siglos con sus glosas y comentarios, la construcción jurídica del Derecho administrativo es obra de la doctrina y, fundamentalmente, de la jurisprudencia, en un constante diálogo que es expresión de una formidable síntesis del espíritu teórico del Derecho administrativo contemporáneo.

La necesidad de autoafirmación explica los esfuerzos iniciales de sistematización, por parte de la doctrina, alrededor de un criterio unitario para una definición abstracta del Derecho administrativo y sus categorías jurídicas, que pretende abarcar en su totalidad una realidad tan compleja, dinámica y cambiante. Sin embargo, del Derecho administrativo se afirma que es un Derecho *in fieri*, que reconoce la existencia de cambios continuos y repentinos que obedecen a una sociedad altamente tecnificada y en constante movilidad, como consecuencia de su inmediatez e interacción respecto de las personas, lo que también es una muestra de su vitalidad. Esto obliga a que se renuncie a los intentos de alcanzar soluciones monistas con respecto a la definición del Derecho administrativo, para dar paso a explicaciones que sitúen los diversos criterios en un plano complementario bajo la fórmula de pluralidad o sincretismo, menos ambiciosa pero más acorde con la realidad actual.

II. Producto histórico — El segundo postulado característico se refiere al reconocimiento de que el Derecho administrativo ha pasado por largas

fases, pues se trata de una ciencia jurídica que está muy relacionada con la dinámica y el desarrollo de la sociedad, lo cual se implanta definitivamente a través del Derecho administrativo. Este es un producto de la reflexión sobre los datos de la propia realidad, conformada por la historia y la tradición jurídico-política de cada país, y donde se debe evitar tanto el mimetismo jurídico como la perspectiva provinciana o localista. De ahí que, en el esfuerzo de sistematización, sea razonable construir las categorías jurídicas del Derecho administrativo desde sus propios postulados.

III. Principios del Derecho Público — El tercer postulado distintivo es que la construcción del Derecho administrativo, como disciplina del Derecho, la convierte en autónoma; está, por lo tanto, basada en un sistema de principios, normas y categorías con características propias; además de estar apegada al núcleo básico de los principios generales de la cláusula constitucional de "Estado democrático, social, de Derecho y de Justicia" y, por ende, al Derecho público entero que, analizados en su conjunto, constituyen, por así decirlo, el andamiaje, la espina dorsal que él debe tener para que realmente se justifique como tal.

IV. Constitucionalización del Derecho administrativo — El cuarto postulado tiene que ver con el sistema de relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho constitucional. En ese sentido, las Constituciones contemporáneas consagran un número creciente de normas sobre muy diversas materias administrativas que terminan con la recepción por el Derecho constitucional, fenómeno que se conoce como constitucionalización del Derecho administrativo. Por ello es forzoso destacar la necesidad de construir, interpretar y exponer adecuadamente el Derecho administrativo y sus categorías jurídicas fundamentales, descubriendo e identificando con claridad sus bases; estas, por supuesto, se encuentran en los principios generales, valores superiores y normas de la Constitución.

V. Centralidad de la persona — En el último postulado distintivo del Derecho administrativo contemporáneo se han producido muchos cambios desde sus orígenes. Este postulado plantea que la persona debe ser el centro de la acción pública, por lo que el ejercicio del Poder Público es solo instrumento normal de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la realización material de los intereses generales o públicos; de cuyo núcleo irreductible e indisponible, los derechos fundamentales forman parte.

Y es que el Derecho administrativo es algo más que un sistema de garantías, ya que es cauce para la mejor satisfacción del interés público que interesa

a las personas y justifica la misión servicial de la Administración Pública; pues no solo tiene que ver con el ejercicio de prerrogativas y sujeciones exorbitantes de Poder Público, sino también con los problemas esenciales de los derechos fundamentales –humanos– de la persona –especialmente la más desfavorecida–, pues el ejercicio pleno de los mismos depende, en primer término, concretamente, de la aplicación efectiva del Derecho administrativo. Por todo ello esta es, sin duda, la más alta y valiosa expresión del monumento jurídico que, desde la libertad y los principios jurídicos de base, ha legado Francia a los sistemas de Derecho público contemporáneo del que proceden los administrativismos del mundo entero, y en el que todos los administrativistas de otras lenguas debemos aún seguir alimentándonos (E. García de Enterría).

José Araujo-Juárez

CONTENIDO GENERAL

TERCERA PARTE

La Teoría de la Actividad Jurídica

Lección 5. Acto Administrativo

Lección 6. Contrato Administrativo

CUARTA PARTE

La Teoría del Servicio Público

Lección 7. Servicio público

QUINTA PARTE

La Teoría de la Función Pública

Lección 8. Función Pública

SEXTA PARTE

La Teoría del Control Administrativo

Lección 9. Procedimiento Administrativo

Lección 10. Revisión Administrativa

Lección 11. Responsabilidad Administrativa

PRIMERA PARTE:

LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

LECCIÓN 1. DERECHO ADMINISTRATIVO

Tema 1. Fundamentos

Sumario: ORIGEN: Histórico. Jurídico. CONCEPTO: Tradicional. Moderno. Contemporáneo.

ORIGEN

A. HISTÓRICO

I. PRODUCTO HISTÓRICO

§1. Importancia — La importancia de hacer una breve reseña sobre el origen del Derecho administrativo se justifica en que no puede comprenderse una ciencia jurídica sin conocer, previamente, las circunstancias imperantes dentro de las cuales emerge. En efecto, no cabe la posibilidad de tener cabal entendimiento del Derecho administrativo sin tener la comprensión histórica del momento en que aparece, no solo porque representa un hito fundamental en la historia del Derecho público moderno sino porque es una ciencia jurídica que cada vez tiene mayor vigencia, pues "el Derecho administrativo y la Administración son ante todo, un producto histórico, y solo desde una perspectiva histórica pueden ser comprendidos" (J.A. Santamaría Pastor).

En consecuencia, el Derecho administrativo tiene la peculiaridad de ser un producto histórico: conjunto de técnicas jurídicas y organizativas que han ido fraguándose, acumulándose, transformándose o desechándose a lo largo del tiempo, y que son manifestaciones de concepciones doctrinales muy diversas. La comprensión de este fenómeno es esencial para quienes muestran interés en conocer esta disciplina, o mejor aun, entender sus problemas fundamentales (P. Weil).

§2. Polémica — Sobre el origen histórico del Derecho administrativo existe toda una polémica donde hay dos corrientes doctrinales fundamentales sobre este punto: por un lado están quienes sostienen que el Derecho administrativo hunde sus raíces en lo más profundo de la Historia; y por el otro quienes sostienen que tiene sus orígenes en la Revolución Francesa. A tal efecto, la polémica podría expresarse de una manera sintética en la disyuntiva: Derecho administrativo "inexistente" o Derecho administrativo "desconocido" (J. L. Meilán Gil, J. Rodriguez-Arana).

II. ANTIGUO RÉGIMEN

§3. Monarquía Absoluta — En primer lugar, existe la tesis, minoritaria, que ubica el nacimiento del Derecho administrativo en el Antiguo Régimen, en la etapa de la monarquía absoluta (F.-P. Benoit y J. L. Mestre). Hay quien incluso señala que el origen de este Derecho se remonta al Derecho romano. Sin embargo, el contexto histórico y la terminología empleada en dicha época no son suficientes para hablar en términos de un sistema de Derecho administrativo.

III. REVOLUCIÓN FRANCESA

§4. Estado de Derecho — La segunda de las tesis doctrinales, mayoritaria, sostiene que antes de la Revolución Francesa no había un Derecho administrativo, ni como un conjunto de normas, ni como legislación y mucho menos como una ciencia o disciplina del Derecho, puesto que el Derecho administrativo nace a partir de la concepción del Estado de Derecho. Según esta concepción del Estado constitucional, del Estado moderno, el Derecho administrativo surge a partir de la Revolución Francesa, en razón de lo cual se dice que es, ante todo, una revolución del Derecho.

§5. Doctrina — En este orden de ideas, la doctrina calificada A. Hauriou, L. Duguit, J. Rivero y P. Weil, en Francia; O. Mayer y A. Merk, en Alemania; S. Romano, G. Zanobini y M. S. Giannini, en Italia; y E. García De Enterría y F. Garrido Falla en España; A. Moles Caubet, E. Lares Martínez y A. R. Brewer-Carías en Venezuela, entre otros muchos más, comparten la tesis de que el Derecho administrativo tiene un origen muy concreto: nace en la historia con la Revolución Francesa y, hasta este punto, como un producto suyo.

IV. TEORÍA DE LAS TÉCNICAS JURÍDICAS REMOTAS

§6. Técnicas administrativas — Lo expuesto anteriormente no significa negar que antes de la Revolución Francesa existiesen ciertas técnicas administrativas pero, como advierte el autor español J. L. Villar Palasi, uno de los pioneros de este tipo de investigación, hay que diferenciar entre técnicas administrativas de un lado, y Derecho administrativo de otro.

En efecto, señala Villar Palasi que si bien no existía un Derecho administrativo antes de la Revolución Francesa, una investigación histórica ubica algunos antecedentes y conceptos que fueron el embrión de muchas instituciones y categorías que hoy manejamos en el Derecho administrativo moderno. Por ejemplo, muchas singularidades se encuentran ya en el Derecho regio (ejecutividad, ejecutoriedad, expropiación, etc.), además de incorporar aportaciones canónicas esenciales, muy especialmente en Derecho patrimonial y de la organización.

Sin embargo, lo expuesto no es suficiente para defender la tesis de que antes de la Revolución Francesa existía científicamente un verdadero Derecho administrativo.

B. JURÍDICO

§7. Plan — Según la teoría mayoritaria son varios los aspectos fundamentales y que hoy en día todavía siguen teniendo vigencia en los orígenes jurídicos del Derecho administrativo, así: (i) constitucional; (ii) legislativo; y (iii) jurisprudencial.

I. CONSTITUCIONAL

a. *Principio de separación de poderes*

§8. Interpretación francesa — En primer lugar, el origen del Derecho administrativo se vincula al principio constitucional de separación de poderes y, en particular, a la convencional interpretación francesa en lo referente a las relaciones entre el Poder ejecutivo y el Poder judicial impuestas por la Revolución Francesa.

b. *Principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales*

§9. Antecedentes — El modelo francés de separación de las autoridades –administrativas y judiciales– fue una razón histórica: el establecimiento de límites al Poder judicial, para excluir al Poder ejecutivo del control de los jueces ordinarios, debido al ánimo antijudicial dominado por el recuerdo del combate secular llevado a cabo contra la administración real por los *Parlements* (antiguos tribunales) por el uso que hicieron con sus derechos de registro (*droits d'enregistrement*) y de amonestación (*remontrance*) lo que se tradujo en falta de confianza en el juez. Por lo tanto, se consideró necesario sustraer la acción de los administradores del control del Poder judicial.

Asimismo, la rigurosa observancia del principio constitucional de separación de poderes dio como resultado, en Francia, que el Poder ejecutivo acumulara actividades heterogéneas o funciones de diferente especie, así: (i) una destinada a aplicar la ley (administración); y (ii) otra cuyo cometido era revisar la legalidad de esta aplicación llamada, por ello, jurisdicción "retenida".

Posteriormente, se procede a separar los órganos administrativos de los órganos jurisdiccionales mediante la Ley de 24 de mayo de 1872, lo que marca una etapa capital al hacer del Consejo de Estado, el juez de derecho común del contencioso-administrativo, con lo cual se consuma la independencia orgánica y funcional de la administración activa y de la administración jurisdiccional (llamada, a partir de entonces, jurisdicción "delegada").

§10. Derecho administrativo — He aquí como, del principio constitucional de separación de poderes, se pasó al concepto técnico de separación de funciones. Y es así también como la Revolución Francesa, al separar los órganos y las funciones, prepara el terreno para la construcción de una nueva ciencia jurídica. A partir de entonces, comienza a cobrar sustantividad un *corpus* normativo aplicable a la Administración Pública bajo los principios del Estado de Derecho, que se conocería más tarde con el nombre de Derecho administrativo.

II. LEGISLATIVO

a. *Ley francesa del 16-24 de agosto de 1790*

§11. Organización judicial — El punto de arranque del régimen jurídico de la Administración Pública –esto es la noción de *régime administratif*– se encuentra en la famosa Ley 16-24 de agosto de 1790 (Título II, Art. 13, reproducida literalmente en la Constitución de 3 de septiembre 1791, Art. 13; Ley 16 Fructidor año III; Constitución 5 Fructidor año III, Art. 203; y por último en la Ley 21 Fructidor año III, Art. 27), relativa a la organización judicial que, en términos conminatorios, consagra la separación entre las funciones administrativas y judiciales. Esta ley materializa la concepción de separación entre las autoridades administrativas y las autoridades judiciales.

Ahora bien, el Art. 13, del Título II de la Ley 16-24 de agosto de 1790 que todavía se encuentra vigente, al consagrar expresamente el principio de separación de las autoridades judiciales y autoridades administrativas, desde el punto de vista de sus funciones, dispone: (i) la prohibición a los jueces de interferir en el ámbito de la Administración Pública activa; y (ii) la consecuencia del principio anterior, al proscribir el empleo de medios coercitivos frente a la Administración Pública.

b. *Decreto francés del 16 Fructidor año III*

§12. Prohibición judicial — Finalmente, cinco años más tarde, el Art. 3 del Decreto francés del 16 Fructidor año III (3 de septiembre de 1795) reitera la prohibición a los tribunales para "conocer de los actos de la administración, cualquiera que fuese su naturaleza".

Así, los textos mencionados consagran la separación de las autoridades administrativas y las autoridades judiciales, no solo desde el punto de vista legislativo sino más allá: los tribunales no tienen porqué inmiscuirse en la actividad de la Administración Pública y, por ende, los jueces ordinarios no podrán conocer ninguno de los asuntos de la Administración Pública.

Sobre la base de esa interpretación del principio de separación de poderes la Administración Pública actúa como potestad pública y quedaba libre de todo control jurisdiccional al no poder ser juzgada por los tribunales ordinarios. Esta concepción legislativa se va a complementar con un fallo del Tribunal de Conflictos francés.

III. JURISPRUDENCIAL

a. *Fallo Blanco*

§13. Consagración — Los antecedentes legislativos franceses mencionados tienen, posteriormente, una consagración jurisprudencial mediante el fallo *Blanco*, al cual durante mucho tiempo se le consideró la piedra angular de todo el Derecho administrativo francés. Por eso, la doctrina no duda en señalar que si bien la partida de nacimiento fue la legislación, el bautismo fue el fallo Blanco (TC, de fecha 8 de febrero de 1873, fallo *Blanco*).

§14. Los hechos — Los hechos que dieron lugar al fallo *Blanco* consistieron en que una niña fue atropellada y herida por un vagón arrastrado por cuatro obreros que trabajaban para una empresa tabacalera del Estado. El Sr. Blanco, padre de la niña, demanda al prefecto del Departamento de La Gironda con el objeto que se declarara al Estado responsable bajo la aplicación de unos artículos del Derecho civil por daños y perjuicios. Se planteó este conflicto ante la jurisdicción ordinaria y, por supuesto, los representantes de Estado alegaron que esta jurisdicción no era competente para conocer de acciones contra el Estado. La cuestión de saber si la acción intentada por el padre de la víctima era de la competencia de la jurisdicción administrativa o de la jurisdicción ordinaria es sometida al Tribunal de Conflictos francés. Este último se pronuncia por la competencia de la jurisdicción administrativa.

§15. Trascendencia — El Tribunal de Conflictos francés a través del fallo *Blanco* otorgó expresión oficial al principio de separación de poderes que tenía una connotación normativizada, y estableció un hito muy importante en la construcción del Derecho administrativo, hasta el punto que la doctrina francesa (G. Vedel) señala que el origen, la partida de nacimiento, la constancia de fe del Derecho administrativo es el fallo *Blanco* al consagrar que los litigios donde interviene la Administración Pública no pueden ser decididos por los principios establecidos en el Código Civil para regir las relaciones entre los particulares.

b. *Principios*

La importancia del fallo *Blanco* consiste en haber consagrado los principios que constituyen las bases del régimen administrativo francés y que le dan su originalidad e interés:

§16. Autonomía del Derecho administrativo — El fallo *Blanco* afirma, claramente, la aplicación de reglas autónomas, exorbitantes al Derecho común, esto es, se consagra la autonomía científica del Derecho administrativo con relación a las reglas establecidas en el Código Civil.

En efecto, el fallo *Blanco* proclama la autonomía del Derecho administrativo al oponer las reglas especiales del Derecho administrativo a las del Derecho privado, concebido este último para ejercer –y la expresión no ha desaparecido del lenguaje–, como expresión del "Derecho común".

§17. Inaplicabilidad del Derecho común — Por otro lado, el fallo *Blanco* afirma, igualmente, la inaplicabilidad a la Administración Pública de las reglas del Derecho común que se encuentran en el Código Civil. Es decir, consagra que la Administración Pública tiene sus propias reglas, tiene su propio Derecho, que es el Derecho administrativo.

§18. Régimen exorbitante al Derecho común — El rasgo característico del Derecho administrativo es la aplicación de reglas exorbitantes al Derecho privado, como medio necesario para que las autoridades públicas, encargadas de la gestión administrativa, puedan lograr una adecuada satisfacción de los fines de interés público.

§19. Principio de equilibrio entre los derechos del Estado y los derechos de las personas — El fallo *Blanco* consagra, igualmente, el principio de equilibrio cuando señala que esas reglas especiales deben conciliar los derechos del Estado y los de los particulares. Con ello se quiere significar que la Administración Pública tiene reglas especiales que varían (y aquí ya está señalado que es un Derecho en constante mutación) en función de las necesidades del servicio o de las actividades de interés general o público, pero sobre todo reglas que varían en función de conciliar los derechos del Estado y los derechos privados, vale decir, conciliar la prerrogativa de Poder Público con los derechos de las personas.

§20. Responsabilidad administrativa — Por último, el fallo Blanco afirma la autonomía del Derecho administrativo y da lugar a una categoría distinta que es el régimen de la responsabilidad del Estado o "responsabilidad administrativa" que es diferente a la responsabilidad civil, que lleva el reconocimiento, cada vez más frecuente, de la responsabilidad de la Administración Pública en situaciones donde el Derecho civil no habría permitido dar satisfacción a la víctima de los daños y perjuicios sufridos.

En definitiva, el fallo *Blanco* viene a confirmar los antecedentes que se encuentran en afirmaciones sostenidas mucho antes en cuanto a que la responsabilidad pública "no es ni general ni absoluta" (CE, de fecha 8/8/1844,

fallo *Dupart*), y que "ella se modifica según la naturaleza y las necesidades de cada servicio" (CE, de fecha 6 de diciembre de 1855, fallo *Rotschild*).

CONCEPTO

A. TRADICIONAL

§21. Metodología — El primer problema que se plantea es la metodología para definir ¿qué es el Derecho administrativo? Cuando nos acercamos a una categoría jurídica con ánimo de conocerla, hemos de comenzar por tratar de desentrañar lo que esa categoría jurídica es, en qué consiste, cuál es su verdadero modo de ser; actitud que contrasta con la que adoptamos ante otras realidades –jurídicas o no– de las que únicamente nos interesa constar su existencia, es decir, nos importa saber que son –que existen–, pero no qué son, o lo que son.

Si esta interrogante, previa a todo otro asunto como acabamos de indicar, es importante respecto de cualquier objeto, en el caso del Derecho administrativo reviste un especial interés por cuanto si bien las definiciones son libres, es siempre mejor reunir a las de todo el mundo. El problema está en que las definiciones se basan en muy diversos criterios, según el énfasis que se coloque sobre ellos, dando lugar a no pocos desencuentros.

§22. Descripción — Con el fin de empezar a aproximarnos al Derecho administrativo, nos parece útil reflexionar sobre la metodología de estudio de la cátedra. En efecto, una cosa es definir ("qué es") y otra distinta describir ("cómo es"). La definición intenta referirse a un objeto de modo abstracto, independientemente de su manifestación real, en tanto que la descripción se fija en ese objeto pero considerándolo tal como se da en la realidad según la propone la doctrina alemana (E. Schmidt-Assma). Si quisiéramos expresarnos en términos filosóficos diríamos que la definición atiende a lo esencial, mientras que la descripción atiende a la existencia o fenoménico.

Por tanto, parece que para describir el Derecho administrativo y sus categorías jurídicas, el mejor camino es subrayar sus notas específicas, sus rasgos que por darse siempre en él, lo identifican y, sin lugar a dudas, nos ayudan a tener un mejor conocimiento de los mismos; estos serán identificados, a lo largo del Manual, bajo la denominación de conceptos.

En tal sentido, la obra se ha distribuido en unidades didácticas de trabajo (temas), donde los párrafos aluden a la aproximación analítica de los elementos o ideas que sustentan las diferentes categorías jurídicas del Derecho administrativo.

§23. Bibliografía básica — Para el estudio del concepto y demás temas fundamentales del Derecho administrativo se recomienda una bibliografía básica contemporánea para alcanzar un nivel respetable de conocimientos y buen hacer por parte del alumno; así: Nacional: Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General,* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Vol. II *Administración Pública,* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo,* Vol. IV *Servicio Público,* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo,* Paredes Editores, Caracas, 2010-2012; Brewer-Carías, A. R., *Derecho administrativo,* 2 ts., Ed. Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* XIV Ed., Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013; Peña Solís, J., *Manual de Derecho Administrativo,* 3 Vols., TSJ, Caracas, 2003. Extranjera: Cassagne, J, C., *Derecho administrativo,* 2 vols., 7ª. Edición, Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002; De Laubadère, A., Venezia, J. P., Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif,* T. I, 14ª. Ed., LGDJ, París, 1996; García De Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* 2 ts., 12ª. Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo,* 2 vols., 13ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo,* 2 vols., 3ª Ed., Giuffré, Milano, 1993 y *Derecho Administrativo,* trad. española, INAP, Madrid, 1991; Long, L., Weil, P. y Braibant, G., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa,* trad. de la 11ª Ed. francesa, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000; Maurer, H., *Droit Administratif Allemand,* LGDJ, París, 1994 y *Derecho Administrativo. Parte General,* Marcial Pons, Madrid, 2011; Meilan Gil, J. L., *Categorías de Derecho Administrativo,* IUSTEL, Madrid, 2012; Rivero, J. y Waline, J. *Droit Administratif,* 21ª Ed., Dalloz, París, 2006 y *Derecho Administrativo,* IDP, FCJP, UCV, Caracas, 1981; Rodríguez Rodríguez, L. *Derecho Administrativo General y Colombiano,* 18ª Ed., Témis, Bogotá, 2013; Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo,* T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004; Weil, P., *Le Droit Administratif,* Que sais-je?, París, 2010 y *Derecho administrativo,* Cuaderno Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

§24. Criterio unitario — En la construcción científica del Derecho administrativo existen muchas corrientes de pensamiento, teorías y escuelas, y cada quien pretende hallar la esencia del Derecho administrativo. Así, la doctrina ha pretendido encontrar el criterio unitario que defina el Derecho administrativo entero con todas sus categorías jurídicas (acto administrativo, contrato administrativo, responsabilidad administrativa, y un gran etc.); esto es, persiguen encontrar la "clave de bóveda," el criterio "mágico," "único y universal" para definir el sistema de Derecho administrativo.

En tal sentido, diversos son los criterios que han pretendido fundamentar un concepto abstracto del Derecho administrativo.

I. CRITERIOS

§25. Diversidad — La doctrina tradicional identificó al Derecho administrativo con las funciones del Derecho administrativo, lo cual dio lugar a una variedad de definiciones, de contenido diverso, provenientes de grupos o teorías reinantes según las distintas épocas como intento de construcción jurídica.

§26. Legalista — Inicialmente se define al Derecho administrativo como el estudio y exposición del conjunto de normas jurídicas de carácter administrativo que rige a la Administración Pública, es decir, que el Derecho administrativo se deriva por disposiciones de normas de carácter legal (A. Batbie).

Este criterio es incompleto o inexacto, ya que reduce el Derecho administrativo a una mera legislación; y es que además no se puede identificar al Derecho con la ley, pues si la ley es fuente del Derecho, no es todo el Derecho. Además es inconveniente pues para extraer los principios jurídicos de un Ordenamiento jurídico positivo no puede circunscribirse solo al estudio, exposición y comentario de la ley (método exegético); pues, en principio, se debe también proceder a descubrir las demás fuentes del Derecho en general y del Derecho administrativo en particular.

§27. Poder ejecutivo — El otro criterio sostiene que el Derecho administrativo es aquel que tiene por objeto regular la organización, funciones y procedimientos del Poder ejecutivo (T. Ducrocq).

Este criterio ha sido también objeto de críticas al confundir Administración Pública y Gobierno. La actividad del Poder ejecutivo no se reduce a administrar, pues comprende tanto al Gobierno como a la Administración Pública, y es sabido que la Administración Pública no es Gobierno. Por lo demás, no solo el Poder ejecutivo administra, pues también lo hacen otros poderes como el Poder Legislativo.

§28. Actividad total del Estado — También existe el criterio que identifica al Derecho administrativo con el sistema de principios que regulan la actividad total del Estado, en el cumplimiento de los fines que le son propios (O. Mayer).

Al respecto se señala que se debe tener en cuenta que no toda la actividad del Estado es función administrativa, ya que el Estado desarrolla otras funciones como la legislativa y la judicial.

§29. Fines de interés público — Según este otro criterio, la nota definitoria del Derecho administrativo radica en los fines que persigue el Estado, como lo es el interés general, por lo que dicho Derecho tiene como objeto la regulación de todas las actividades del Estado para la consecución de dicho fin, con independencia, incluso, del carácter público o privado de las personas que las desarrollen.

§30. Servicio público — Un criterio sumamente importante es el que señala que el Derecho administrativo sería el conjunto de reglas que tienen por objeto el estudio de la organización y funcionamiento de los servicios públicos (L. Duguit).

A este respecto se señala que el concepto resulta demasiado amplio porque la actividad de la Administración Pública no se agota en las prestaciones, ni tampoco toda prestación supone un servicio público.

§31. Teoría negativa o residual — Finalmente, surge el criterio denominado negativo o residual correlacionando Administración Pública con lo que no sea juzgar ni legislar (A. Merk).

Al respecto se le objeta que tampoco es válido porque: (i) reproduce los errores de identificar Administración Pública con Poder ejecutivo; y (ii) es una realidad que la Administración Pública no solo aplica o ejecuta la ley, sino que también ejerce una potestad normativa, una actividad de gestión económica, de planificación y por último se le reconoce una función arbitral.

B. MODERNO

§32. Ideas-fuerza — La insuficiencia de los criterios tradicionales, hace surgir las corrientes de pensamiento que han dado origen a las grandes escuelas cuyas teorías han servido para la pretensión de definir el sistema de Derecho administrativo. Como ideas-fuerza, estas teorías, han gozado de predominio en una época concreta.

En tal sentido, el autor francés Hauriou sostiene que son dos las nociones fundadoras o maestras del Derecho administrativo: la de servicio público como la obra (el fin) que ha de ser ejecutada por la Administración Pública; y la de la prerrogativas de Poder Público o de medios exorbitantes del Derecho común (el medio) para la realización de dicha obra.

I. SERVICIO PÚBLICO

a. *Origen*

§33. Fallo Blanco — La primera idea-fuerza es la noción de servicio público. Recordemos que el mencionado fallo *Blanco* recurrió a la noción de servicio público (*service públic*) (que no se debe confundir con la noción inglesa de *public utility*), sin embargo el concepto de servicio público apenas surgió a fines del siglo XIX. A partir del siglo XX, se pretendió erigirlo como "piedra angular" (en expresión de G. Jèze) de todo el Derecho administrativo francés por obra de la Escuela del Servicio Público.

b. *Escuela del Servicio Público*

§34. Bases doctrinales — Las bases doctrinales de la Escuela del Servicio Público se encuentran en el trabajo publicado por el Decano L. Duguit (1859/1928) en el año 1913. Este autor francés define el servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regido y controlado por los gobernantes, porque ese cumplimiento es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social; en ese sentido sostuvo que el objeto del Derecho administrativo es el fin de la actividad de servicio general del Estado. Concibe el Estado como un conjunto de servicios públicos, como un conjunto de cometidos, que el Estado asume para la satisfacción de las necesidades colectivas. Esos cometidos no son otros que los servicios públicos Así las cosas, esta teoría tiene como consecuencia que reduce la teoría del Estado a la teoría de los servicios públicos o, si se quiere, a una concepción de servicio público demasiado amplia porque la teoría del servicio público sería una teoría del Estado, ya que las funciones del Estado serían un servicio público.

En mérito a lo expuesto, si el Estado es la suma de servicios públicos, el Derecho administrativo sería aquel que regula los servicios públicos. Derecho administrativo es entonces el conjunto de reglas atinentes a los servicios públicos (Duguit). Con los doctrinarios de la Escuela de servicio público comienza a definirse de manera más elaborada, la construcción y desarrollo de la teoría que llegará al extremo de concebir el Derecho administrativo como el Derecho de los servicios públicos. A partir de entonces, la noción de servicio público va a permanecer durante mucho tiempo en el centro del Derecho administrativo.

§35. Reinterpretación doctrinal — Mientras que para Duguit, fundador de la noción, el servicio público se caracteriza esencialmente por sus fines –el tema de la creación y los medios es accesorio– la reinterpretación que hacen los doctrinarios de la Escuela del servicio público (G. Jèze, R. Bonnard, L. Rolland) reducen el concepto de servicio público y lo identifican ya no con el Estado

sino con la Administración Pública. Cuando el Estado satisface necesidades colectivas utiliza un procedimiento especial denominado procedimiento de Derecho público, cuyo fundamento es uno: el fin de interés general que debe privar siempre sobre el interés individual o particular.

En esta línea de pensamiento, la doctrina francesa (A. De Laubadère) entiende por servicio público toda actividad de una colectividad pública que tenga por objeto satisfacer una necesidad de interés general, la cual se repite con relativo éxito por la doctrina contemporánea.

§36. Sentidos orgánico y material — La Escuela del Servicio Público se atiene, principalmente, a definir el servicio público en dos sentidos: (i) formal u orgánico –modo de gestión pública–; y (ii) material –los servicios públicos funcionan según procedimientos de Derecho público–, esto es, entendidos como un conjunto de reglas exorbitantes al Derecho común. En consecuencia, sostiene, cuando el Estado emplea el procedimiento de Derecho público para satisfacer las necesidades colectivas se está en presencia de un servicio público (Jèze).

c. *Utilidad*

§37. Papel esencial — La Escuela de servicio público hizo de la noción de servicio público el eje de sus construcciones jurídicas, al punto que Jèze llega a afirmar que el Derecho público y el administrativo son el conjunto de reglas relativas al servicio público.

En tal sentido, la jurisprudencia francesa empieza a referirse, de ordinario, directamente a la noción de servicio público para aplicar el Derecho administrativo (CE, de fecha 13 de mayo de 1938, fallo *Caja Primaria "Ayuda y Protección",* de GFJAF, Nº 60; CE, de fecha 31 de julio de 1942, fallo *Monpeurt,* GFJAF, Nº 63).

Luego, el Consejo de Estado francés, a partir del fallo *Effimieff* (CE, de fecha 28 de marzo de 1955, GFJAF, Nº 92) utiliza la fórmula de "misión de servicio público". Al hacer énfasis en la misión de servicio público, esta decisión se inscribe en la línea de una serie de fallos que tuvieron por objeto volver a darle a la noción de servicio público un papel esencial en la delimitación de las competencias administrativa y judicial y en la definición del Derecho administrativo.

§38. Derecho positivo — La noción de servicio público ha servido, también, para definir diversas categorías jurídicas en el Derecho administrativo venezolano. Por ejemplo, en materia de los contratos administrativos, un criterio útil en la jurisprudencia venezolana ha sido el de servicio público, y así el

criterio adquiere primacía, recobra su plena y absoluta vigencia, mientras que las cláusulas exorbitantes, se afirma, son causa y no efecto (Sents. de la CFC, de fecha 5 de diciembre de 1944, caso *Puerto La Guaira*; CSJ-SPA, de fecha 14 de junio de 1983, caso *Acción Comercial,* RDP, Nº 21, p. 137 y otras). También ha sido útil para definir la noción de función pública (Véase Sent. de la CSJ-SPA, de fecha 14 de marzo de 1991, GF, 1961, Nº 31, p. 54 y otras), o de obra pública (Sent. de la CFC, de fecha 5 de diciembre de 1944, M. 1945, p. 283, y otras).

d. *Crisis*

En sus orígenes la sujeción del servicio público al Derecho administrativo era absoluta. Sin embargo, ya no es así y ello ha originado una de las denominadas crisis de la noción debido a diversas causas.

§39. Penetración del Derecho privado — El régimen jurídico de las actividades, los actos o las situaciones administrativas, es de ordinario muy heterogéneo y comporta aplicación tanto del Derecho público como del Derecho privado. Ahora bien, normalmente la actividad de la Administración Pública se ejerce bajo un núcleo irreductible de régimen de Derecho público, aunque puede también ser ejercida bajo un régimen de gestión privada, es decir, de la sumisión de algunos de sus actos al Derecho privado, ya sea porque en razón de un objeto, cierta parte de tal actividad no esté vinculada directamente con la ejecución misma de un servicio público, sea porque ciertas materias han sido excluidas de la jurisdicción contencioso administrativa y confiadas a la jurisdicción ordinaria; o en fin, porque la Administración Pública puede, en ciertos aspectos, escoger deliberadamente procedimientos de Derecho privado. Por ejemplo, en el caso de celebrar un contrato de Derecho privado en lugar de uno de carácter administrativo.

§40. Servicios públicos industriales y comerciales — En segundo lugar, desde el origen del criterio jurisprudencial del servicio público (fallo *Blanco*) se admitió que con ocasión de la gestión de servicios públicos, la Administración Pública podía emplear voluntariamente procedimientos o técnicas de Derecho privado. En todo caso, mientras que en la gestión de un servicio público determinado, la aplicación del Derecho público es la regla, la aplicación del Derecho privado es excepcional.

Sin embargo, poco a poco una categoría de servicios públicos enteros, y no solo actos aislados, van a estar sometidos al Derecho privado, en particular los denominados servicios públicos industriales y comerciales (TC, de fecha 22 de enero de 1921, fallo *Sociedad Comercial del Oeste Africano*, conocido también como fallo *Bac d'Eloka,* GFJAF, Nº 40) que se asemejan por su objeto a las actividades de las empresas privadas, funcionan en las mismas condi-

ciones que una empresa privada y, por tal razón, también se les denominó empresas administrativas.

§41. Procedimientos de Derecho público — En último lugar, la doctrina advierte la aplicación de los procedimientos de Derecho público fuera de la noción de servicio público. En efecto, es de todos conocido que el Estado le confiere el ejercicio de prerrogativas de Poder Público a personas de Derecho privado; ya sea a organismos privados que no son servicio público desde el punto de vista orgánico, pero que gestionen una actividad de servicio público; o incluso, a personas privadas que no ejercen ni siquiera una actividad de servicio público (CE, *Establecimientos Vezia*, de fecha 20 de enero de 1921, GFJAF, Nº 56).

§42. Derecho positivo — En el Derecho positivo, la jurisprudencia llegó a emplear abiertamente la expresión gestión pública, al analizar la naturaleza y características de los contratos administrativos (Sent. de la CF, de fecha 12 de noviembre de 1954, GF Nº 6, p. 190).

Asimismo, la jurisprudencia ha recibido, también, el criterio del servicio público cuando sostiene que la Administración Pública no solo produce actos administrativos sino que, según su competencia, puede dictar actos sometidos al Derecho privado. En efecto, decidió que no se puede atribuir el carácter de acto administrativo a todo acto que emane del Poder Ejecutivo, pues por virtud de su función administrativa puede originar dos tipos de relaciones jurídicas, según obre como Poder Público en el ejercicio del *jus imperi* (teoría del acto de autoridad), o según obre como sujeto de derechos y obligaciones sin ejercer su *jus imperi* (Sent. de la CFC/SF, de fecha 23 de febrero de 1950, caso *Hipódromo Nacional*, GF Nº 4, 1950, pp. 84-89).

Finalmente, la jurisprudencia en el caso *Fetraeduación* (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de junio de 1986, RDP Nº 27, p. 106, caso *Fetraeducación*) distingue: por un lado, situaciones jurídicas regidas por el Derecho privado; y por el otro situaciones jurídicas regidas por el Derecho administrativo –lo que crea derechos públicos de índole subjetiva–, o en forma más precisa: "relaciones jurídico-administrativas" (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 3 de diciembre de 1959, GF, Nº 26, p. 142).

e. *Examen de la teoría expuesta*

§43. Insuficiencia: razones jurídicas y prácticas — Si bien un sector de la doctrina considera que la noción de servicio público continúa desempeñando un papel fundamental (De Laubadère), su sola presencia ya no constituye una condición suficiente para que se aplique el Derecho administrativo, debido

a las transformaciones y complejidades de la vida administrativa moderna. Por una parte, existe una razón jurídica, esto es, el empleo de procedimientos típicos de Derecho privado en la gestión del servicio público; por la otra, una razón práctica: la proliferación y el nuevo carácter de servicios públicos industriales y comerciales, y el enorme desarrollo de la colaboración de las personas privadas en las tareas de interés general que ha impuesto la penetración del Derecho privado en los servicios públicos.

Finalmente, la penetración de la Administración Pública en la vida económica y social conoce nuevos progresos y ha obligado a la doctrina a revisar la noción de servicio público y a buscar nociones que, si no anuncian la muerte o más moderadamente el reemplazo, el Derecho administrativo tiene un objeto mucho más amplio que el servicio público cuando recepta las nociones de servicio –económicos o no– de interés general y la nueva categoría denominada servicio universal.

En conclusión, a la hora actual, el criterio de servicio público no permite por sí solo definir el Derecho administrativo; la noción de servicio público, aun cuando incorporada definitivamente a la doctrina administrativa, no sirve ya de criterio definidor de todo el Derecho administrativo entre los tratadistas más modernos (G. Vedel).

II. POTESTAD PÚBLICA

a. *Origen*

§44. Planteamiento — Otra de las ideas-fuerza con la que también la doctrina francesa ha pretendido definir el Derecho administrativo ha sido la de prerrogativa de Poder Público (*puissance publique*), al advertirse que la Administración Pública está investida de prerrogativas de Poder Público o medios exorbitantes al Derecho común cuando, por ejemplo dicta órdenes, establece prohibiciones, ejecuta actos administrativos, desarrolla o complementa leyes mediante reglamentos: en una palabra, cuando manifiesta su voluntad ordenadora.

Esta idea-fuerza surge a partir de la doctrina alemana del siglo XIX la cual sostiene que el Estado es una persona jurídica dotada de una cualidad particular: la soberanía o Poder Público, por lo que sus relaciones con las personas son desiguales, es por ello que el Derecho privado no puede ser válido para regular las relaciones entre el Estado y las personas, en razón de lo cual existe un Derecho administrativo.

§45. Concepto — El criterio más satisfactorio parecería ser ahora el de la utilización de potestad, cuya iniciativa se debe al autor italiano S. Romano y

constituye uno de los más importantes avances del Derecho al suministrar al sector jurídico-administrativo una valiosa utilidad. En efecto, el criterio de potestad aclara la posición de preeminencia de la Administración Pública, situación abstracta y derivada, o derivable, de atribuciones directamente encadenadas en el Ordenamiento jurídico, y cuyo ejercicio tiene como destinatarios a sujetos vinculados, que se encuentran en lo que gráficamente la doctrina italiana ha denominado una "situación pasiva e inercia" (Giannini).

Al efecto, debemos recordar que la doctrina señala que los poderes –como integrantes, junto a los deberes, de las relaciones jurídicas– pueden clasificarse. En efecto, F. Carnelutti atribuye a los conceptos de poder y deber un significado genérico y a los conceptos de derecho y obligación un sentido específico. A juicio de este autor, las situaciones de poder son las siguientes: (i) la potestad (poder de mandar en interés ajeno); (ii) el derecho subjetivo (poder de mandar en interés propio); y (iii) la facultad (actuación lícita). Correlativamente, las situaciones jurídicas de deber se agrupan en: (i) la sujeción y (ii) la obligación.

Es así como, en algunos Ordenamientos jurídicos, la Administración Pública desarrolla su actividad sirviéndose de medios jurídicos que son distintos y cualificados por situarla en una posición de superioridad (las potestades públicas). Esa desigualdad no es el único rasgo de esos medios jurídicos que permiten a la Administración Pública actuar con imperio y revestida con el manto de la autoridad sino que, además, esos medios jurídicos se caracterizan porque la Administración Pública puede utilizarlos y ejecutarlos sin necesidad de acudir a los tribunales (la potestad de autotutela administrativa).

b. *Escuela de la Potestad Pública*

1) *Bases doctrinales*

§46. Planteamiento — Las bases doctrinales de la construcción del Derecho administrativo, fundado en el concepto de prerrogativa de Poder Público (o potestad pública), se deben al Decano M. Hauriou (1856/1929), quien partió de este criterio en su conocida distinción entre países con y sin *régime administratif* (régimen administrativo), al sostener que existe un Derecho administrativo en tanto que hay un régimen administrativo. Esta noción la vincula a la idea de la Administración Pública como un cuerpo dotado de prerrogativas exorbitantes al Derecho común, para asegurar la defensa del interés general. Hauriou coloca así, en un primer plano, la noción de potestad pública para delimitar el ámbito del Derecho administrativo.

El Derecho administrativo representa así el conjunto de prerrogativas de Poder Público otorgadas a las personas jurídicas como son el Estado y sus

órganos. De esta forma, el criterio de prerrogativa de Poder Público o potestad pública como definidor del Derecho administrativo ha tenido gran incidencia en la doctrina y jurisprudencia posterior dando lugar a la denominada Escuela de la Potestad Pública.

En efecto, Hauriou sostuvo que el objeto del Derecho administrativo son los medios para alcanzar el fin de la actividad de servicio general del Estado, esto es, todo el conjunto de procedimientos de Derecho público para el cumplimiento de los fines que se encomiendan al Estado. Vendría a ser la potestad pública, la prerrogativa pública exorbitante al Derecho común. Por ello, lo que va a caracterizar al Derecho administrativo y, por consiguiente, lo que va a ser objeto de análisis del Derecho administrativo es el criterio de prerrogativa de Poder Público o potestad pública.

2) *Fundamento*

§47. Medios jurídicos exorbitantes — Ahora bien, si la existencia de un régimen de Derecho público es para la doctrina francesa (Jèze) uno de los rasgos definitorios del servicio público, a juicio de Hauriou ese régimen de Derecho público se compone, sustancialmente, por prerrogativas de Poder Público orientadas a garantizar la continuidad del servicio público.

De ahí que el elemento clave para definir al Derecho administrativo no será ya la actividad administrativa (*service public*), sino los medios jurídicos exorbitantes al Derecho común de los que se sirve la Administración Pública para cumplir sus tareas y cometidos (*pouvoirs de puissance publique*).

3) *Distinción*

§48. Prerrogativas exorbitantes — Las reglas de Derecho administrativo se caracterizan, en relación con las de Derecho privado, en que aquellas confieren a la Administración Pública una diversificación de medios jurídicos sin equivalente en las relaciones jurídicas privadas, que consisten no solo en prerrogativas de Poder Público (prerrogativas exorbitantes al Derecho común), sino que también imponen a su libertad de acción sujeciones más estrictas que aquellas a las que están sometidos los particulares (sujeciones exorbitantes al Derecho común), según la conocida división del autor francés J. Rivero.

§49. Sujeciones exorbitantes — La Administración Pública ostenta no solo prerrogativas exorbitantes que los particulares no tienen sino que, como advirtió la doctrina francesa (Rivero), tiene también menos autonomía y libertad que estos, pues las derogaciones no se hacen en un sentido único, sino en dos direcciones. Las primeras responden al concepto de prerrogati-

va de Poder Público, y la derogatoria se produce "en más" en el sentido de un aumento de los poderes; y del otro lado se encuentran las derogaciones "en menos", en el sentido de una reducción de los poderes al negársele a la Administración Pública posibilidades jurídicas que están a la disposición de los particulares, en los sentidos siguientes:

En primer lugar, los particulares pueden elegir a su antojo los fines a conseguir en el desarrollo de su actividad; mientras que la Administración Pública está sujeta a un fin externamente determinado*:* la realización eficaz de los intereses generales o públicos.

En segundo lugar, los particulares son libres de ejercer su actividad o renunciar a la misma y permanecer inactivos, mientras que las prerrogativas de Poder Público de que está investida la Administración Pública son de ejercicio obligatorio. En ese sentido, el Art. 26 de la LOAP dispone que la competencia "será irrenunciable".

Por último, es libre el cauce o procedimiento que siguen los particulares para ejercer sus medios jurídicos, pues pueden emplearlos previa la oportuna reflexión, pero también pueden hacerlo de forma precipitada e improvisada; por el contrario, la Administración Pública que es titular de potestades públicas tiene que seguir un debido procedimiento administrativo pues "ajustarán su actividad a las prescripciones de la presente Ley" (Art. 1 de la LOPA).

4) *Examen de la teoría expuesta*

§50. Principio del equilibrio — A la vista de lo anterior, se capta de forma más ajustada a la realidad la singular posición de la Administración Pública en relación con sus medios jurídicos; tiene prerrogativas de Poder Público pero también está sometida a unos fines predeterminados, su ejercicio es obligatorio y está sujeta a un procedimiento administrativo debido. Limitaciones, sujeciones y obligaciones exorbitantes que no pesan sobre los particulares.

De ahí que Rivero se refiera al equilibrio entre las prerrogativas de Poder Público "en más" y las prerrogativas de Poder Público "en menos"; el Derecho común de los particulares no se deroga para la Administración Pública en un único sentido, sino en dos direcciones opuestas: "en más" y "en menos".

En conclusión, el Derecho administrativo es un régimen jurídico caracterizado, tanto por prerrogativas como por sujeciones exorbitantes al Derecho común reconocidas o impuestas a aquellos que actúan en ejercicio de la soberanía nacional (Vedel), y que están presentes en todas las categorías jurídicas del Derecho administrativo.

5) *Revisión*

§51. Planteamiento — Finalmente, el criterio ha sufrido un profundo examen que ha conducido a una "noción revisada" de la potestad pública, no necesariamente coincidente con la de "potestad de mando" o "actividad de autoridad", pues se configura como aquel medio de acción administrativa que se ejerce en condiciones exorbitantes al Derecho común, pudiendo consistir, según Rivero, tanto en privilegios y prerrogativas exorbitantes de las que ostentan los particulares en sus relaciones jurídicas, como en sujeciones y obligaciones exorbitantes a cargo de la Administración Pública y que los particulares tampoco tienen (por ejemplo, la imposición de los fines a conseguir, la selección de personal por medio del sistema de concursos u oposición, el respeto a la afectación de los bienes del dominio público, etc.).

Así, dentro de las construcciones doctrinales sobre el Derecho administrativo que se han elaborado partiendo de la noción revisada de potestad pública, destaca la propuesta de Vedel, quien define el Derecho administrativo como "el Derecho común de la potestad pública".

III. DERECHOS FUNDAMENTALES

a. *Origen*

§52. Criterio prevalente — Por último, la doctrina contemporánea sostiene que, a la hora de construir y comprender el Derecho administrativo, han de tomarse en cuenta los derechos fundamentales como criterio prevalente.

La doctrina alemana (E. Schmidt-Assman) señala que la noción o la idea de relación jurídica también remite a la dimensión individual del Derecho administrativo. Ello significa que tanto el derecho subjetivo (en su vértice de derecho de libertad o defensa, derecho prestacional y de participación democrática), como también su corolario, la tutela individual de los derechos, habrán de formar parte integrante de aquellos elementos esenciales que han de ser tenidos en cuenta a la hora de construir y levantar el sistema de Derecho administrativo.

Por tanto, de esta representación del Derecho administrativo se deduciría la posición central de las personas, como referentes y destinatarios del mismo.

b. *Fundamento*

§53. Centralidad de la persona — Esta idea es de la doctrina española (F. González Navarro), y se basa en el papel de la persona en relación con el Poder Público. La persona debe estar en el centro, en el corazón del sistema político, por lo que el Poder Público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas del que manda, sino como un

instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de la persona, pues el centro de la acción pública ha de ser la persona.

En el mismo sentido, otro autor español E. Linde Paniagua advierte que en las últimas décadas se estaría produciendo una transformación del Derecho administrativo que podría convertirlo en el Derecho de los ciudadanos –o al servicio de los derechos y obligaciones de los ciudadanos– que supera la precedente versión del mismo como Derecho del poder; en definitiva, una perspectiva subjetiva del Derecho administrativo que estaría llamada a consolidarse a lo largo de las primeras décadas del siglo XXI. Esto es, un Derecho administrativo construido alrededor de los derechos y obligaciones de los ciudadanos; si bien admite que se está muy lejos de conseguir dicho objetivo, pues se sigue construyendo desde la perspectiva de las Administraciones Públicas.

C. CONTEMPORÁNEO

I. INSUFICIENCIA DEL CRITERIO ÚNICO

§54. Irreductibilidad del Derecho administrativo — Tras analizar la insuficiencia de los criterios unitarios propuestos como exclusivos o dominantes para explicar el contenido entero del Derecho Administrativo (servicio público, utilidad pública, potestad pública, etc.), la propuesta final de Rivero es "la solución de la modestia": "El Derecho Administrativo no es más reducible a unidad que las otras disciplinas jurídicas".

A pesar de que los autores han demostrado una mayor o menor preferencia por alguno de los criterios expuestos, hoy día se aprecia un abandono del intento de explicar, a través de un único criterio, el Derecho administrativo, predominando una fórmula de pluralidad o sincretismo. Y es que cada categoría jurídica del Derecho administrativo responde, en efecto, a características específicas, y no puede esperarse que tengan todas los mismos fundamentos y los mismos criterios (Weil). Se comprende así que el criterio del acto administrativo no sea el mismo que el del contrato administrativo.

En efecto, se puede evocar la imagen de un Derecho acumulativo o de alubión (culminación de la línea pluralista), en el sentido de que ha ido integrando y desechando técnicas y categorías jurídicas propias y ajenas, heterogéneas e incluso contradictorias, cuyo único hilo conductor ha sido, y sigue siendo, el de lo que conviene a los intereses públicos que persigue el Estado en su conjunto.

§55. Fórmula de pluralidad o sincretismo — El imperativo categórico que se impone es la fórmula de la pluralidad o sincretismo que acumulen todos

los criterios para delimitar el ámbito del Derecho administrativo, en razón de que solo esa fórmula legitima su independencia y autonomía como rama singular del Derecho público que permita captar una realidad tan compleja y multiforme, sobre la base de los elementos siguientes:

§56. Elemento subjetivo — El elemento subjetivo responde a la pregunta "¿quién?" y es el que predomina en la doctrina española dando lugar a una perspectiva subjetiva del Derecho administrativo, si bien dentro de esta concepción se advierten distintas variantes. Por su parte, en la doctrina española (F. Garrido Falla) se advierte también que "ni sólo la Administración administra ni todo lo que hace la Administración es administrar".

Si el Derecho administrativo es un Derecho estatutario, es porque está dirigido a una categoría de sujetos, en este caso la Administración Pública. Este elemento de la presencia de la Administración Pública es condición necesaria, pero no suficiente para hablar del Derecho administrativo.

§57. Elemento sustantivo — El elemento sustantivo o funcional opta por el análisis de la noción de función administrativa y responde a la pregunta "¿qué?" Así, desde esta perspectiva, el Derecho administrativo sería un Derecho que regula el ejercicio de la función administrativa.

§58. Elemento objetivo — La insuficiencia de los criterios mencionados conduce a la búsqueda de un criterio objetivo, destacándose los siguientes: (i) el interés público; (ii) la potestad administrativa; (iii) los derechos fundamentales; y, por último, (iv) el formal.

§59. Interés público — Un primer criterio que utiliza la doctrina española (R. Martín Mateo) es direccional, esto es, las distintas actividades que integran la función administrativa se ordenan al interés público. Sin embargo, su satisfacción o realización eficaz aun cuando es inherente no es exclusiva de la Administración Pública, ni exige un régimen jurídico de Derecho público, sino que puede obtenerse mediante los instrumentos y técnicas de Derecho privado.

§60. Potestad administrativa — Además, es sabido que para la consecución del conjunto de actividades administrativas dirigidas a la satisfacción o realización eficaz de las necesidades de interés público, el Ordenamiento jurídico-administrativo coloca a la Administración Pública en una situación de prerrogativa o privilegio, que implica el reconocimiento, a su favor, de una serie de medios jurídicos singulares que exorbitan al Derecho común y que no poseen los particulares: es el régimen de las potestades públicas que, referidas a la Administración Pública, se denominan potestades administrativas.

§61. Derechos fundamentales — La doctrina española (Meilán Gil) sostiene que no hay duda de que los derechos fundamentales vinculan a los Poderes Públicos, y que también forman parte del núcleo irreductible del interés público que la Administración Pública, como Poder Público, ha de procurar. Asimismo, se sostiene que la autonomía del Derecho administrativo ha quedado reforzada por la relevancia efectiva que los derechos fundamentales de las personas han acabado por tener en las Constituciones, superado su reconocimiento solo formal. Ello ha exigido un vuelco fundamental en el entendimiento del Derecho administrativo influenciado, cada vez más, por la nueva cultura de los derechos fundamentales.

§62. Elemento formal — Finalmente, cuando hablamos de Derecho administrativo debemos tener presente que además hay un verdadero sistema normativo. ¿Qué es un sistema normativo? Es el conjunto de normas jurídicas atinentes a la organización del núcleo social y que, además, tiene por objeto la resolución de los conflictos. Al hablar de Derecho administrativo debemos hablar de un sistema normativo sectorial o parcial que se denomina Ordenamiento jurídico-administrativo que está conformado por un sistema de fuentes jurídicas según desarrollaremos más adelante.

En conclusión, El Derecho administrativo contemporáneo es marcadamente distinto del original, pues no hay duda de que, en las últimas décadas, se han producido muchos cambios sobre el contenido de la disciplina y sus principales categorías jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012 y *Derecho Administrativo General.* Vol. IV *Servicio Público,* Paredes Editores, Caracas, 2010; Carnelutti, F., *Teoría general del derecho,* Ed. Revista de Derecho Privado, 1941; De Laubadère, A.; Venezia, J. P. y Gaudmet, Y. *Traité de droit administratif,* T. I, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; Duguit, L., *Traité de Droit Constitucionnel.* 3ª Ed., T. II, E. de Boccard, París, 1927 y *Las transformaciones del derecho público,* trad. española, Madrid, 1915; Giannini, M. S., *Derecho administrativo,* 1ª Ed. española, MAP, Madrid, 1991; González Navarro, F., *Derecho Administrativo Español,* T. I, Eunsa, Pamplona, 1987; Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* Préface, 12ª Ed., Libraire du Recueil Sirey, París 1933; Jèze, G., *Los principios generales del derecho administrativo,* Vol. 1, trad. al español de la 4ª Ed. francesa, Depalma, Buenos Aires, 1948; Linde Paniagua, E., *Fundamentos de Derecho Administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos,* 3ª Ed., Colex, Madrid, 2011; Long, L. Weil. P. y Braibant, G., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa,* trad. de la 11a. Ed. francesa, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000; Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Administrativo,* 23ª Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004; Mayer, O., *Derecho ad-*

ministrativo alemán, T. I, trad. esp. del original francés de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1949-1951; Meilán Gil, J. L., *Categorías de Derecho Administrativo,* IUSTEL, Madrid, 2011; Merk, A., *Teoría general del Derecho administrativo,* Comares, Granada, 2004; Mestre, J. L., *Introduction historique au droit administratif,* PUF, Droit Fondamental, París, 1985; Parejo, L., *El concepto del Derecho administrativo,* EJV, Caracas, 1984; Rivero, J., ¿Existe un criterio de Derecho administrativo? en *Páginas de Derecho administrativo,* Temis, Bogotá, 2002; Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General,* T. I, IUSTEL, Madrid, 2004; Schmidt-Assman, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema,* Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003; Villar Palasi, J. L., *Técnicas remotas del derecho administrativo,* INAP, Madrid, 2001; Weil, P., *Derecho administrativo,* trad. española, Civitas, Madrid, 1986.

Tema 2. Caracteres

Sumario: DENOMINACIÓN: Derecho. Administrativo. Etapas. NATURALEZA: Derecho Público. Criterios. CARACTERES: Derecho común. Derecho normal. Derecho de equilibrio. Derecho estatutario. Derecho autónomo. Derecho nuevo. Derecho no codificado. RELACIÓN CON EL DERECHO PRIVADO: Límites y relaciones. Delimitación. Derecho civil. CRISIS: Teoría de la huida del Derecho administrativo. Teoría de la vuelta o regreso. CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: Antecedentes. Etapas. Caracteres.

DENOMINACIÓN

A. DERECHO

§63. Ciencia jurídica — Al hablar de los caracteres del Derecho administrativo debemos detenernos en la denominación y examinar la expresión Derecho administrativo que debe ser considerada como unidad conceptual y expresada en esas dos palabras, sin embargo vamos descomponerla así: (i) Derecho y (ii) administrativo.

El concepto Derecho pertenece a la teoría general del Derecho. El término Derecho no siempre se emplea con el mismo sentido, pudiendo por tanto hablarse de una pluralidad de acepciones de la misma. En este sentido, empleamos Derecho con mayúscula para referirnos a la norma, al Derecho en sentido objetivo. Se entiende por Derecho la regulación de los hechos, actos y relaciones jurídicas de la actividad humana impuesta por el Estado. Ahora, si se considera el total Ordenamiento jurídico como la totalidad de las normas que regulan la conducta humana, el Derecho administrativo es una parte, un sector de la totalidad del Ordenamiento jurídico.

De ahí que cuando se hace referencia al sistema de Derecho administrativo estamos refiriéndonos a una ciencia jurídica; pues si bien el Derecho es unitario está compuesto de diversas ramas o disciplinas jurídicas que son objeto de conocimiento y de una ciencia específica, pero al fin y al cabo una ciencia del Derecho que es el resultado de un largo proceso de elaboración.

B. ADMINISTRATIVO

§64. Administración Pública — Examinado el sustantivo Derecho, pasamos al análisis del adjetivo que le sigue, esto es, el término administrativo. ¿Por qué la razón de esta nomenclatura de llamarlo administrativo?

El adjetivo administrativo significa referente a la Administración Pública; nos indica la pertenencia subjetiva de la Administración Pública. De ahí que, generalmente, en la sistematización del Derecho administrativo un concepto clave es la Administración Pública al cual está referida esta disciplina jurídica. Es por ello que la mayoría de los autores, en sus definiciones del Derecho administrativo, mencionan a la Administración Pública.

§65. División — Finalmente, la doctrina divide el Derecho administrativo en general y especial. El Derecho administrativo general hace referencia a aquella parte de la teoría o de la ciencia del Derecho administrativo que formula las bases de las categorías jurídicas generales y amplias que cubren cualquier Ordenamiento jurídico positivo. Mientras que el Derecho administrativo especial se ha entendido como rama o especie de un género, que puede alcanzar una gran importancia y puede dar lugar, a su vez, a una serie de disciplinas o ramas especiales, como por ejemplo: el Derecho ambiental, el Derecho municipal, el Derecho urbanístico, el Derecho tributario, etc.

C. ETAPAS

La elaboración o construcción científica del Derecho administrativo moderno, en opinión de la doctrina venezolana (A. Moles Caubet), es susceptible de ser descompuesta en diversas etapas o fases, así:

§66. Etapa expositiva — En el primer período, el Derecho administrativo no tiene más que un cometido descriptivo; es decir, se limita a indicar cuál es la materia propia del mismo y, a lo sumo, mostrar cómo son sus conexiones. De aquí que se le califique de Derecho administrativo en su etapa o fase expositiva, con precursores en Francia (L. A. Macarel 1790/1851; L. M. de Cormenin 1788/1868; y M. J., de Gérando 1772/1842); y en Italia (C. D. Romagnosi 1761/1835). Con obvia influencia francesa tendrá lugar en España el alumbramiento del Derecho administrativo con un conjunto de autores que han sido clasificados por A. Nieto como los ensayistas (F. Agustín Silvela 1803/1857; J. de Burgos 1778/1848; A. Olivan 1796/1878).

§67. Etapa temática — En el segundo período, la simple conexión se convierte en problema y el problema requerirá de un método para conseguir las soluciones; sin embargo, las contribuciones jurídicas son solamente parciales, por concretarse a determinados temas; por eso resulta que, únicamente, cabe considerar con ello un Derecho administrativo en fase temática con una nueva generación: principalmente en Francia (L. Aucoc 1820/1910; A. Batbie 1828/1887; T. Ducroq 1829/1913; y E. Laferrière 1841/1901) y en España, donde está representado por los sistematizadores (J. Posada Herrera 1814/1885; M. Colmeiro 1818/1894; y V. Santamaría de Paredes 1853/1924).

§68. Etapa sistemática — Finalmente, el tercer período arriba a la concepción científica del Derecho administrativo, al sobrellevar el problema central que consiste en definir su esencia misma. Entonces determina "qué es el Derecho administrativo", condición necesaria para darle la coherencia unitaria de un sistema. Con ello se configura un Derecho administrativo en su fase sistemática, en Italia con V. E. Orlando (1860-1952), creador de la denominada Escuela nacional de Derecho Público italiana (S. Romano 1875-1947, F. Cammeo 1872-1939 y O. Ranelletti 1868-1956); en Alemania (O. Mayer 1864-1924) y en Francia (M. Hauriou 1856-1929, L. Duguit 1859-1928, y R. Carré de Malberg 1861-1935); finalmente en España, caracterizado por los creadores (A. Royo-Villanova 1869/1958; J. Gascón y Marin 1875/1962; y L. Jordana de Pozas 1890/1962).

Desde ese punto de vista, podemos decir que el Derecho administrativo ha adquirido naturaleza científica a partir de esta última etapa, con una gran evolución a cargo de brillantísimos iusadministrativistas, durante la segunda mitad del siglo XX, y ya consolidada en los albores del siglo XXI, cuya influencia positiva se ha irradiado hacia nuestro Derecho positivo. El Derecho administrativo no es solo un conjunto de normas jurídicas de carácter coactivo, sino que también se puede abordar como un sistema normativo o como una disciplina científica del Derecho. De ahí que muchos autores, para pretender conceptualizar el Derecho administrativo, se refieren a él no solo como un conjunto de normas sino también como un conjunto de principios y categorías jurídicas que sistematizan al Derecho administrativo, sin duda alguna el monumento jurídico que Francia ha legado a los sistemas de Derecho público contemporáneo.

NATURALEZA

A. DERECHO PÚBLICO

§69. Planteamiento — El Derecho, al actuar sobre las diversas relaciones entre las personas, y de estas con el Estado, se divide en ramas o disciplinas jurídicas en atención a los particulares ámbitos en los que se desarrollan. Las dos clases de relaciones originan las respectivas concepciones sobre el Derecho público y el Derecho privado.

Las nociones, en su mayoría, caracterizan al Derecho administrativo como formando parte de un concepto más amplio como lo es el Derecho público. De modo que, para la mayoría de los autores, la rama más importante del Derecho público sería el Derecho administrativo. Pero además, el Derecho administrativo no solo forma parte del Derecho público sino que también forma parte del Derecho público interno.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a plantear una gran distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, lo que nos motiva a hacer la pregunta siguiente: ¿Por qué el Derecho administrativo pertenece al Derecho público y no al Derecho privado? La justificación es histórica y técnica. Esta tradicional bipartición se remonta, en sus orígenes al Derecho romano, distinción que todavía perdura y es aceptada por la mayoría de la doctrina; además de haber tenido diversas interpretaciones que pretenden explicar esta división atendiendo a muy diversos criterios.

B. CRITERIOS

§70. Teoría del interés — Esta teoría tiene su origen en un pasaje de Ulpiano en el *Digesto*, donde los autores concluyen que el Derecho público estaría referido al interés público (al bien común, a las satisfacciones de la *res publicae*); mientras que el Derecho privado estará referido a la utilidad individual de cada uno de las personas.

Por tanto, sugieren que hay que hacerle una precisión a esta teoría, al señalar que se está frente al Derecho público cuando esa satisfacción del interés general es de modo directo y primario. De manera que, según esta teoría, habría que analizar cada norma para saber si la satisfacción del interés general se consigue de modo directo y primario.

§71. Teoría patrimonial de las relaciones — Esta otra teoría sostiene que el fin del Derecho público no son las relaciones patrimoniales mientras que, por el contrario, lo que caracteriza al Derecho privado es lo patrimonial.

Al respecto se señala que no siempre es así puesto que existen disciplinas del Derecho público donde lo principal es lo patrimonial y también en el Derecho privado existen ramas que no necesariamente son patrimoniales, como por ejemplo, el Derecho de familia.

§72. Teoría de los derechos — De acuerdo con esta otra teoría, el Derecho público sería un derecho obligatorio, el *ius cogens*, imperativo, y estaría contenido en normas que tienen por naturaleza este carácter; mientras que, por el contrario, el Derecho privado sería un Derecho dispositivo. Al respecto se observa que también en el Derecho privado hay normas imperativas.

§73. Teoría de los sujetos — Finalmente, según esta teoría, lo determinante serían los sujetos que intervienen en la relación jurídica. De modo que, en este sentido, se señala que en el Derecho público siempre será necesaria la presencia de sujetos de naturaleza pública, mientras que el Derecho privado se caracterizara por la presencia de sujetos privados.

Frente a esto último, se señala que no solo la presencia del sujeto público en la relación jurídica hace que la actividad se rija por el Derecho público. La presencia de la persona pública es necesaria pero no suficiente, pues no es suficiente su presencia, únicamente, sino que es necesario ir más allá y ver el carácter con que actúa el sujeto en la relación jurídica en cuestión. Para que la actividad se rija por el Derecho público es importante que el sujeto actúe con una posición y un carácter distinto a como lo haría un particular; lo que implicaría que el Estado y demás sujetos públicos actúen en posición de supremacía, en posición de *imperium*, de modo que la otra parte esté en una posición de subordinación; mientras que en el Derecho privado las posiciones son de igualdad (posición de coordinación).

§74. Conclusión — En mérito a lo anterior se observa que los distintos criterios que se han utilizado tienen un carácter histórico y contingente. En las distintas etapas de la evolución del Derecho priva uno u otro criterio. En todo caso, la distinción entre Derecho público y Derecho privado solo puede ser encaminada dentro del ámbito del Derecho positivo y, por lo tanto, provista de una trascendencia y consecuencias prácticas de singular importancia.

En este orden de ideas debemos observar que los textos positivos venezolanos admiten la existencia de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, otorgando incluso consecuencias diversas a unas y otras materias jurídicas, en razón de lo cual es necesario descubrir cuál es el criterio que aparece adoptado por el Derecho positivo para establecer dicha clasificación y qué consecuencias produce.

En resumen, en el Derecho positivo aparece, como fundamental, la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado: así, entre otras, se puede mencionar que existe una distinción entre las personas públicas y personas privadas; bienes de dominio público y de dominio privado; servidumbres públicas y servidumbres privadas; intereses públicos e intereses privados; documentos públicos y documentos privados; derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados; normas públicas y normas privadas; y finalmente, entre la materia propia del Derecho público y la materia jurídica constitutiva del Derecho privado. Por tanto, el verdadero fundamento de la distinción reside en una distinción por razón, no solo por la materia y contenido de las normas sino, sobre todo, por el fin que se proponen, por el objeto para que se dictan.

CARACTERES

A. DERECHO COMÚN

§75. Concepto — Cuando se estudia el Derecho administrativo se plantea el problema de su situación ante el doble dilema, así: (i) Derecho común o Derecho especial; y (ii) Derecho normal o Derecho excepcional.

Si bien, en sus orígenes, se calificó de Derecho especial, ha sido tan alta la dinámica expansión del Derecho administrativo que, en la actualidad, es frecuente calificarlo como un Derecho común, en función de su capacidad de autointegración. Esto es, ante la existencia de lagunas legales o de ley, cabe recurrir a los principios generales del Derecho que le son propios y a la interpretación analógica de sus normas.

Es por ello que la doctrina española (Meilán Gil) sostiene que no puede ponerse en duda que el Derecho administrativo es un *ius commune*. Dentro de la unidad del Derecho constituye un Ordenamiento jurídico sectorial completo, con principios, instituciones y categorías propias con capacidad de autointegración para resolver, en su ámbito, el problema último de las lagunas legales que plantea la realidad y las eventuales contradicciones que su aplicación pueda provocar.

En efecto, el Derecho administrativo como Derecho común de la Administración Pública tiende a regular la totalidad de las relaciones jurídicas en que este incide de modo completo y global, aunque en ocasiones se sirve instrumentalmente del Derecho privado.

B. DERECHO NORMAL

§76. Concepto — Decir que el Derecho administrativo es normal, significa que las normas que lo constituyen son principios de un valor organizador general, de lo cual deriva: (i) la fuerza expansiva que le permite obtener de su propio seno las soluciones ante las lagunas legales o imperfecciones de la ley o norma administrativa; (ii) la aplicación de los principios generales del Derecho; y por último (iii) la aplicación de la doctrina de la analogía.

C. DERECHO DE EQUILIBRIO

§77. Concepto — El sistema de Derecho administrativo se explica por el juego dialéctico de dos conceptos contrapuestos: por un lado la potestad pública y por el otro los derechos fundamentales. Ambos conceptos contrapuestos encuentran su unidad dialéctica en una idea superior que los trasciende y que, en el Derecho administrativo, no es sino traducción de la idea filosófica

del bien común: el interés general en cuyo núcleo se encuentran los derechos fundamentales.

Por tanto, es un Derecho de equilibrio, pues el Derecho administrativo está dirigido a regular una categoría de un sujeto particular: la Administración Pública. Sin embargo, la Administración Pública personifica el poder del Estado, quien ejerce prerrogativas exorbitantes al Derecho común para la realización del interés general.

En consecuencia, es un Derecho en el que existe una ecuación dialéctica en la que intervienen: por un lado, el Poder Público y, por otro lado, la libertad de la persona (este equilibrio está siempre amenazado y se rompe de acuerdo con la época). Si el Estado no contara con potestades públicas no podría actuar y se paralizaría. Frente a esta realidad, que hay que reconocer (porque es el Poder Público quien actúa a través de sus órganos en este caso), el Derecho administrativo ha construido y perfeccionado toda una serie de controles y limitaciones para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la persona.

D. DERECHO ESTATUTARIO

§78. Concepto — El Derecho administrativo nace y se desenvuelve como un Ordenamiento jurídico estatutario destinado a situar a la Administración Pública en un régimen jurídico peculiar y, por tanto, es un Ordenamiento subjetivo. Sin embargo: (i) el Derecho administrativo no agota la regulación propia de los sujetos públicos a que se refiere, sino que solo deroga al Derecho común o general en los asuntos en los que es precisa una previsión específica; y (ii) la cualidad de Administración Pública no abarca la totalidad de la condición y esfera jurídicas de los sujetos que la llevan consigo.

De lo anterior se desprende que la Administración Pública no está solamente sujeta al Derecho que le es propio y peculiar, sino también al Derecho común o general e, incluso, a otros Ordenamientos jurídicos estatutarios.

Se trata, pues, de un Derecho estatutario por oposición al Derecho común, pues mientras este contempla al conjunto de los sujetos del Ordenamiento jurídico general dispensándoles protección a todos ellos y a las actividades por desarrollar; por el contrario, las normas de carácter estatutario se dirigen a la regulación de un sujeto público, o de una categoría de sujetos públicos o cualidades jurídicas que estos poseen o pueden poseer, proporcionándoles la protección específica que necesiten, tanto en atención a rasgos de los propios sujetos públicos como a las funciones estatales que asumen. Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo es el régimen o Derecho estatutario de la Administración Pública.

E. DERECHO AUTÓNOMO

§79. Principio de autonomía — No fue sino hasta 1873 cuando el Tribunal de Conflictos francés, a través del mencionado fallo *Blanco*, reconociera la autonomía del sistema de Derecho administrativo al declarar que la Administración Pública tiene sus reglas especiales, distintas de los principios que se encuentran establecidos en el Código Civil para regular las relaciones entre particulares, solución que el autor francés M. Waline considera "la piedra angular de todo el Derecho administrativo".

Así las cosas, el principio de autonomía del Derecho administrativo comporta, al decir de Rivero, la exigencia de ir afirmando su autonomía dentro de una tarea diferenciadora en un doble sentido: (i) dentro del ámbito general del Derecho público, frente al Derecho constitucional; y (ii) frente al Derecho civil que, en este caso, condujo a la existencia de un verdadero préstamo de instituciones y categorías jurídicas las cuales han impuesto, en primer lugar, su diferenciación, y en una fase ulterior, la fijación de su propia sustantividad, esto es, demostrar que son realmente algo distinto desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

En consecuencia, la formación del Derecho administrativo como rama del Derecho autónomo se basa en un sistema de principios, normas y categorías jurídicas con características propias.

§80. Principio de especificidad — La autonomía del Derecho administrativo consiste en que, frente a problemas diferentes, plantea que las soluciones deben ser distintas, pues la razón de ser del Derecho administrativo es la especificidad de los problemas que tiene que resolver que son muy distintos a los planteados por el Derecho privado, que rige la actuación de los particulares.

Con la evolución del Derecho administrativo, la doctrina se da cuenta de que planteaba problemas diferentes a aquellos del Derecho civil; por tanto, las soluciones consagradas en este se estiman como no idóneas para el Derecho administrativo. Y es que la razón de ser de su autonomía es la especificidad de los problemas a resolver en el ámbito del Derecho administrativo, por lo cual se justifica la formulación, mantenimiento y desarrollo de normas, principios y categorías jurídicas propias del campo del Derecho administrativo, distintas a las consagradas en el Derecho privado; esto, fundamentalmente, por dos razones:

§81. Complejidad — Se sostiene que el objeto, la realidad regulada por el Derecho administrativo es extremadamente compleja y este incremento de poderes y la extensión de las competencias van acompañados de una inflación de nuevos tipos de intervención administrativa.

§82. Movilidad — La movilidad o evolución que se da en las materias del Derecho administrativo lo es en grado muy superior al que se observa en las demás ramas del Derecho, lo cual exige una fluidez extraordinaria en las categorías jurídicas en el Derecho administrativo, que se resiste a la codificación conseguida en el Derecho privado.

F. DERECHO NUEVO

§83. Concepto — El Derecho administrativo es una construcción moderna *ius novum* (Hauriou), en contraste con el *antiqus nove*, por aparecer configurado como una secuela del régimen constitucional, dado que solamente en él se cumple el triple axioma que posibilita su existencia.

A diferencia del Derecho privado que contaba con un sistema normativo muy completo y construido desde hacía muchos siglos, con sus glosas y comentarios, el Derecho administrativo tiene su origen en la Revolución Francesa. Milagrosamente nacido, el Derecho administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado (Weil). En efecto, del Derecho administrativo se afirma que es un Derecho *in fieri* que está en una constante renovación, pues en la actualidad las características más importantes son la velocidad y la continuidad con que se transforma y que reconoce la existencia de cambios continuos y repentinos que obedecen a una Sociedad altamente tecnificada y en constante mutabilidad, como consecuencia de su inmediatez e interacción respecto de las personas.

G. DERECHO NO CODIFICADO

§84. Concepto — Por último, en el Derecho administrativo se plantea el problema de la codificación administrativa, como parte del problema general de la codificación del Derecho, entendiéndose por tal un contenido orgánico de todas las normas jurídicas que se refieren a una determinada rama o disciplina del Derecho.

Al respecto, existe una opinión de carácter negativo fundada en el casuismo y mutabilidad de las normas jurídico-administrativas pues, efectivamente, una de sus características es que son las normas más cambiantes del Derecho; asimismo, se señala la imposibilidad de la codificación administrativa en razón de la multiplicidad de las normas porque la materia es muy variada (por ejemplo: salud, educación, transporte, y un gran etc.). Por tanto, se concluye en que no es útil ni conveniente la codificación administrativa.

Por el contrario, la posición preponderante sostiene que si bien es imposible la codificación total del Derecho administrativo, sí es posible la codifica-

ción parcial por materias (por ejemplo: el procedimiento administrativo, la organización administrativa, servicios públicos domiciliarios, etc.).

RELACIÓN CON EL DERECHO PRIVADO

A. LÍMITES Y RELACIONES

§85. Planteamiento — Hay que partir de una premisa fundamental, y esta consiste en reconocer los límites y el sistema de relaciones del Derecho administrativo en relación con otras ramas del Derecho, y especialmente con el Derecho privado. Esta premisa proclama la división capital (la *summa divisio*) en dos grandes disciplinas jurídicas que rigen los distintos ámbitos en que está dividida la actividad social, como son: (i) las ciencias jurídicas que conforman el Derecho público; y (ii) las ciencias jurídicas que conforman el Derecho privado.

Por otro lado, cuando se habla de la génesis del Derecho administrativo hay que hacer referencia a que, en un principio todo se regía por el Derecho civil; en consecuencia, toda la actividad social estaba regida por el Derecho privado y por ello también fue conocido como el Derecho común; mientras que en ese momento el Derecho administrativo no existía, o se encontraba en un estadio inferior de desarrollo en comparación con el Derecho civil.

Desde este punto de vista, el proceso de creación del Derecho administrativo se ha sucedido por etapas con relación al Derecho privado. Estas son las siguientes:

- La etapa de adaptación y diferenciación de las instituciones y categoría jurídicas que tienen su origen en el Derecho privado.
- Luego se concibe al Derecho administrativo no como reglas adaptadas del Derecho común, sino como un Derecho excepcional, al oponerle el Derecho común, por ejemplo, las denominadas cláusulas exorbitantes que se conciben como cláusulas excepcionales porque derogan las cláusulas del Derecho común.
- Por último, ya en una etapa más avanzada de su evolución, el Derecho administrativo es un derecho propio, autosuficiente y paralelo al Derecho común, por virtud del cual, técnicamente, las lagunas o vacíos legales se integran acudiendo, no ya a los principios del Derecho privado, sino a los principios generales del Derecho administrativo.

B. DELIMITACIÓN

§86. Planteamiento — Si bien la Administración Pública constituye el objeto por excelencia del Derecho administrativo, no todo el Derecho que lo regula es ese Derecho, pues no existen sujetos de Derecho respecto de los cuales

pueda decirse que se rigen exclusivamente por una sola rama del Derecho. Por tanto, la Administración Pública, además de estar sometida al Derecho administrativo, si bien preponderantemente, no lo está en forma exclusiva o excluyente, pues también está sometida a otras ramas del Derecho.

Pues bien, el planteamiento del que hay que partir es que la Administración Pública siempre está sometida al Derecho (principio de legalidad). El problema es, ¿a qué tipo de Derecho se somete o se sujeta la Administración Pública? Se trata, pues, de buscar un criterio de cuándo termina el Derecho administrativo y cuándo se aplica el Derecho privado. Esto es, ¿cuándo termina la aplicación del Derecho administrativo y cuándo entran a regir otros Derechos distintos al Derecho administrativo? No es un problema de fronteras, sino de delimitación.

C. DERECHO CIVIL

I. PLANTEAMIENTO

§87. Fenómenos de la adaptación y la derogación — Cuestión importante es saber cuál fue el papel que desempeñó el Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo puesto que, durante mucho tiempo, al Derecho civil se le denominó "Derecho común", y en sus inicios al Derecho administrativo se le llamó un Derecho de excepción o excepcional.

Así, en el Derecho administrativo se presentó el fenómeno de la adaptación de las instituciones del Derecho civil que fueron trasladadas al Derecho administrativo y, sin embargo, no fueron solo una recepción, sino que una vez receptada una institución por el Derecho administrativo empezó, internamente, a diferenciarse esa institución del Derecho civil. De modo que, en ese proceso, no solo hay un proceso de adaptación de muchas de las categorías jurídicas del Derecho civil, sino también hay un fenómeno que se conoce como el fenómeno de la derogación al Derecho común; esto es, el Derecho administrativo, en una primera etapa, adaptó instituciones del Derecho Civil y las trasladó a su dominio. Pero también en este proceso derogó muchas de las instituciones que estaban en el Derecho civil y creó unas categorías jurídicas nuevas.

En conclusión, hoy día se reconoce la autonomía científica del Derecho administrativo sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido el Derecho privado. El uso del Derecho privado por la Administración Pública solo le es legalmente permitido en aquellos supuestos en que entre el interés público y las categorías e instituciones privadas no hay contradicción intrínseca alguna, independientemente de una posible laguna legal.

Por tanto, sólo se aplicará el Derecho privado en los casos siguientes:

- La ley remite al Derecho privado. En efecto, son frecuentes las remisiones del Derecho administrativo al regular una determinada materia al Derecho privado, al que en concreto se somete como subsidiario en caso de laguna legal; reenvío este que revela la no subsidiaridad general del Derecho privado.
- La elección por la propia Administración Pública.
- Es el juez quien determina, en un caso concreto, cuál de los dos Derechos se aplica al caso específico.

II. FUNCIONES BÁSICAS

§88. Plan — Corresponde, ahora, abordar el rol que el Derecho privado y, más concretamente, las categorías e instituciones civiles han desempeñado en la formación del Derecho administrativo que, según la doctrina española (Villar Palasi), son fundamentalmente las siguientes: (i) Derecho "base"; (ii) Derecho "supletorio"; y (iii) Derecho "límite":

§89. Derecho "base" — El Derecho privado es un Derecho base, esto es, de donde partió la construcción del Derecho administrativo, y desde este punto de vista han existido muchas categorías jurídicas privadas que fueron transferidas del campo del Derecho privado al campo del Derecho administrativo.

§90. Derecho "supletorio" — El Derecho administrativo no ofrece, todavía, un sistema absolutamente completo, por lo que, en caso de laguna legal, ¿será el Derecho privado un Derecho subsidiario, con carácter general, del Derecho administrativo?

Para un sector doctrinal, el Derecho privado –y específicamente el Derecho civil– figura, en cierto modo, como un sistema positivo de carácter general, un verdadero *ius commune* respecto de todo el Ordenamiento jurídico general, revelándose, por tanto, como Derecho supletorio general.

Al respecto se observa que el Derecho privado es un Derecho supletorio una vez agotada la virtualidad de las propias fuentes del Derecho administrativo. Esta función la ha cumplido el Derecho privado por mucho tiempo, de allí que sea fuente jurídica administrativa. En la medida en que se hayan agotado las instituciones o categorías del Derecho administrativo o no den respuesta a los problemas que son propios al Derecho administrativo, entonces se recurrirá al Derecho privado como un Derecho supletorio.

§91. Derecho "límite" — Finalmente, hoy en día, hay categorías jurídicas dentro del ámbito del Derecho administrativo en virtud de las cuales el Derecho privado continua conservando un rol protector de las situaciones jurídicas

privadas cuya regulación primaria le corresponde, con relación a los daños ocasionados por la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones, dando origen a una institución muy específica del Derecho administrativo como lo es la teoría de la vía de hecho administrativa.

III. CRITERIO FUNDAMENTAL

§92. Importancia — En cuanto al criterio para decidir cuando acaba el Derecho Administrativo y se aplica otro, existen diversas teorías doctrinales. Ejemplo de ello es una teoría muy propia de los contratos administrativos: la teoría de los actos separables, que consiste en que la Administración Pública, dentro del régimen al cual puede someter su actividad, tiene un doble campo de acción, es decir, que puede actuar bajo un régimen de Derecho administrativo o bien bajo un régimen de Derecho privado.

§93. Manejo táctico — Se da cuando la Administración Pública acude al empleo de los mecanismos o categorías jurídicas del Derecho privado para imprimirle una mayor eficacia en la gestión administrativa.

CRISIS

A. TEORÍA DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. CUESTIÓN PREVIA

§94. Concepto — Entre las transformaciones por las que atraviesa el Derecho administrativo se debe destacar el surgimiento de lo que, en la célebre frase del autor alemán F. Fleiner, la doctrina viene denunciando como el fenómeno de la "huida del Derecho administrativo" o también la "huida al Derecho privado"; esto es, el abandono de los modos de organización y las técnicas de gestión del Derecho público para acudir al Derecho privado, sobre la tesis de que la Administración Pública estaría utilizando el Derecho privado para organizarse y en el ejercicio de su actividad, en vez del Derecho administrativo.

II. RESERVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§95. Concepto — Un sector de la doctrina ha criticado el mencionado fenómeno de la huida del Derecho administrativo al invocar su inconstitucionalidad y afirmar la teoría de la "reserva de Administración" o "reserva de Derecho administrativo", cuando sostiene que la Constitución establece una correlación necesaria entre actividades de la Administración Pública, régimen jurídico-administrativo y jurisdicción contencioso administrativa, es decir, una reserva de Derecho administrativo que impide la huida de las Administraciones Públicas al Derecho privado (S. del Saz Cordero). Esto es, funciones materialmente administrativas que por imperativo constitucional

están sujetas al Derecho público, en razón de lo cual los otros órganos que ejercen el Poder Público tendrían vedado inmiscuirse en esas materias reservadas a la Administración Pública.

III. TEORÍAS

§96. Defensa — La posición más decidida acerca de la inconstitucionalidad del fenómeno generalizado de la huida del Derecho administrativo, en cuanto se entiende que la Constitución –en este caso española– sanciona como garantía institucional una reserva a favor del Derecho administrativo como Derecho normal del obrar de la Administración Pública, fue desarrollada ampliamente por del Saz Cordero, quien sostiene que la Constitución contiene una auténtica reserva de Derecho administrativo, una verdadera "garantía institucional de Derecho administrativo que la hace inmodificable por el legislador ordinario".

§97. Rechazo — Al contrario, otro sector de la doctrina española (Linde Paniagua) señala que tal reserva de Derecho administrativo no existe en la Constitución española y, por ende, se plantea la prohibición de que la Administración Pública emplee técnicas del Derecho privado.

En este orden de ideas, la autora española E. Desdentado Daroca sostiene que si bien no puede concluirse que la Constitución española consagre una reserva general de Derecho administrativo, sí puede afirmarse que establece una reserva de Derecho administrativo para algunas materias, esto es, que implican el ejercicio de autoridad que ha de tener necesariamente un carácter público y están reguladas por el Derecho administrativo.

Finalmente, también en la doctrina española, se señala como cierto que la Constitución, en ningún caso, hace referencia expresa ni al Derecho administrativo ni a la legislación administrativa; por tanto, más que entender que la Constitución sanciona de modo expreso una reserva de Derecho administrativo, el autor español García De Enterría "advierte que lo que aquella sanciona es una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa, y que la huida del Derecho administrativo conduce a la práctica quiebra de los mismos".

B. TEORÍA DE LA VUELTA O REGRESO

§98. Reforma administrativa — La alternativa al fenómeno de la huida del Derecho administrativo implica una seria, profunda y verdadera reforma de los procedimientos jurídico-administrativos, con el fin de hacerlos más eficaces y operativos, frente a la solución que se sigue, sin más, de una indiscriminada remisión al Ordenamiento jurídico privado.

La causa de la huida del Derecho administrativo, se señala, es la búsqueda de la eficacia de la función administrativa, frente a lo cual sostiene la autora española Del Saz Cordero que la solución más lógica, la única posible en el orden constitucional, es la reforma de procedimientos y no, como se pretendía, la evasión de la actividad de la Administración Pública del Derecho administrativo primero, y de los tribunales contencioso-administrativos después. Así, la utilización del Derecho privado por la Administración Pública tiene una de sus principales causas en no haber evolucionado el Derecho administrativo al ritmo que la realidad demandaba.

Además, es importante recordar que el sistema de Derecho administrativo es también un sistema de sujeciones y controles que, tratándose de la *res pública*, resultan obligados; y, con ello un sistema de garantías de los derechos fundamentales de las personas. Pues bien, el recurso a las categorías e instituciones privadas, al final, no busca sino eludir esos controles y esas garantías jurídicas con el fin de que así el Poder Público no sea limitado en su obrar, y, con ello, evitar un atentado considerable al sistema de garantías de los derechos fundamentales de las personas, con lo cual se llega a señalar que la realidad a la que se refiere no es tanto a la huida del Derecho administrativo, sino la "huida del Derecho".

CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

A. ANTECEDENTES

§99. Origen — El Derecho administrativo venezolano no emergió de la nada sino que, por el contrario, ha sido el resultado de una larga evolución; para comprender plenamente su sentido y su verdadero alcance conviene conocer los antecedentes. Sin embargo, consideramos la investigación histórica del Derecho administrativo venezolano anterior al siglo XIX, como un ejercicio de escasa virtualidad, pues son pocos los nombres y los hechos dignos de ser recordados. Sin negar la posible existencia, desde la época colonial, incluso, de técnicas jurídicas remotas, es fácil concluir que estos extremos deben relativizarse y no sacar conclusiones indebidas.

En efecto, la existencia del Derecho administrativo venezolano no es un fenómeno cuyo origen quepa residenciar en un momento concreto y preciso. Como todo producto histórico irá estableciéndose de modo progresivo, poco a poco, a través de un largo proceso. Porque el origen y desarrollo de una rama del Derecho como lo es el administrativo, siempre se debe a una evolución lenta que no responde una trayectoria lineal. Largo proceso necesario, además, para que las distintas categorías jurídicas vayan decantándose; y en

el caso nuestro, el Derecho administrativo está esencialmente vinculado a la formación del Estado en Venezuela.

Por cuanto el Derecho administrativo aparece configurado como una secuela del Estado constitucional de Derecho se debe concluir, como muy bien señala Moles Caubet, que solo en este modelo es posible su existencia, en la medida en que se cumpla el triple axioma que lo posibilita. Sin embargo, la elección de la Constitución de 1811 y su conexión con el tema si no de la génesis, al menos del punto inicial de la construcción científica del Derecho administrativo venezolano, no responde a una decisión arbitraria, sino a una trayectoria de diversas etapas: (i) punto de partida; (ii) evolución; y (iii) consolidación. Debe advertirse que, obviamente, estas tres grandes etapas no son lineales y no constituyen otros tantos períodos cronológicos susceptibles de ser perfectamente delimitados. Por tanto, la división que presentamos, aparentemente diferenciadas, se realiza a efectos puramente didácticos y expositivos.

B. ETAPAS

I. PUNTO DE PARTIDA

§100. Estado — La fijación del punto de partida inicial en la primera Constitución de 1811 responde a la convicción de que, efectivamente, implantó el triple axioma o las bases constitucionales de la futura existencia del Derecho administrativo. Así señala el constitucionalista A. Oropeza, que no es temerario afirmar que el Estado constitucional nace en Venezuela con la Carta de 1811. Efectivamente, señalamos que es a partir de la misma cuando se establecen los grandes principios cardinales del Derecho público venezolano, a saber:

§101. Principio de separación de poderes — En primer lugar, la base constitucional de carácter jurídico-político como es el principio de la separación de poderes –ya referido– que se tradujo en Francia en la idea técnica de separación entre la Administración y la Justicia, y que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

§102. Principio de legalidad — En segundo lugar, la base constitucional de carácter jurídico-formal como es el principio de legalidad, el cual fue consagrado también por la Constitución de 1811, así: “Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas [las funciones públicas] se sujetarán inviolablemente al modo y regla que en esta Constitución se les prescribe para el cumplimiento y desempeño de sus destinos” (Preliminar).

He aquí el principio de legalidad en su formulación original y que se va a traducir, en nuestro ámbito, en la idea técnica de la competencia legal. Constituciones posteriores hasta la de 1999 van a consagrar, reiterativamente, que todo lo que extralimite la definición de atribuciones constituye una usurpación de poder, y como tal usurpación es nula.

§103. Principio del respeto a los derechos fundamentales — Por último, la base constitucional de carácter jurídico-material como lo es el principio del respeto a los derechos fundamentales, cuando se aprueba por el Supremo Congreso de Venezuela una Declaración de Derechos denominada Declaración de los Derechos del Pueblo (Declaración del 1 de julio de 1811, publicada en la Gaceta de Caracas, de fecha 23 de julio de 1811) en cierto modo separada de la Constitución, a semejanza de Francia, al sancionarse también la primera Carta Fundamental, y que se convierte, en nuestro ámbito, en la idea técnica de la integridad y respeto de los derechos públicos subjetivos.

II. EVOLUCIÓN

§104. Fases — Las premisas, o más propiamente, las bases constitucionales señaladas constituyen el presupuesto necesario de la existencia del sistema de Derecho administrativo venezolano; sin embargo, las mismas no han tenido, en nuestro país, una manifestación uniforme ni menos aun coetánea sino, por el contrario, han operado solo a través de muy largos períodos o fases, como veremos a continuación.

§105. *1ra. fase (1854-1908)* — El Derecho administrativo apenas se empieza a perfilar durante la segunda mitad del siglo XIX con una legislación propia en algunos órdenes, y cuando también se plantea la necesidad de una codificación parcial en algunas áreas del Derecho administrativo.

Así las cosas, en este período se destacan varias normas administrativas reguladoras de muy diversas materias.

§106. *2da. fase (1909-1936)* — Posteriormente, a comienzos del siglo XX, se consigue un Derecho administrativo muy precario de los distintos ámbitos de actuación de la Administración Pública, y que solo comenzará muy tardíamente con considerables esfuerzos por profundizar en la formación jurídica de Venezuela. También señala la doctrina, es durante el primer cuarto del siglo XX cuando se incorporaron al Derecho positivo un conjunto de institutos del Derecho administrativo, tales como la teoría del fisco y la potestad de autotutela.

Ahora bien, la enseñanza efectiva del Derecho administrativo existe solo a partir del año 1909 con la creación de la cátedra de Derecho administra-

tivo, mediante Decreto Ejecutivo del 4 de enero de 1909 en la Universidad Central, con F. Urbano.

Posteriormente, con la reapertura de la Universidad Central de Venezuela (1922), los estudios sobre el Derecho administrativo adquieren carácter más científico, desarrollándose la fase de su divulgación. En efecto, al reanudarse las clases en la Universidad Central de Venezuela fueron designados para regentar la Cátedra de Derecho administrativo y Leyes Especiales los profesores: F. Alvarez Feo, quien escribió muchas lecciones para sus discípulos, o las dictó en las clases, en el mes de agosto de 1929 y desempeñó después la cátedra, interinamente; G. Herrera y, habiendo tenido también que separarse de la referida Cátedra, quien siguió regentándola en igual condición de interinidad, el profesor D. A. Narváez (1º de febrero de 1930); a este le siguió A. Urbaneja (23 de septiembre del mismo año), hasta finalizar el año académico 1930-31.

Asimismo, el 9 de septiembre de dicho año, J. M. Hernández Ron fue designado profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo y Leyes Especiales. Al iniciar las labores docentes Hernández Ron –al no existir un texto nacional– se dio a la tarea de escribir unas Lecciones que abarcaban aquel programa; sucesivamente fue mejorándolas y preparó varias ediciones en multígrafo.

Los referidos Cuadernos multigrafiados fueron seguidos para guiar sus cátedras, por varios profesores de la Universidad de Los Andes (C. Benítez, R. Picón Lares y V. M. Pérez Perozo), lo mismo que en las Escuelas de Ciencias Políticas de Trujillo y Maracaibo.

III. CONSOLIDACIÓN

§107. ***1ra. fase (1937-1947)*** — Esta etapa se inicia con la publicación del Tratado Elemental de Derecho Administrativo, en dos volúmenes que vieron la luz pública en el mes de octubre de 1937. En el autor, J. Hernández Ron, se advierte una clara iniciación del tratamiento del Derecho administrativo venezolano con método científico.

También, durante este período, se elabora buena parte del sistema de garantías dejando su impronta en la legislación nacional sobre muy distintas materias administrativas. Fue en ese lapso cuando se sanciona una legislación administrativa fundamental que servirá de base y orientación a toda la que vendrá hasta el presente (por ejemplo: organización del Distrito Federal (1936); expropiación por causa de utilidad pública (1936); minas (1936); bosques y aguas (1936); tierras baldías y ejidos (1936); hidrocarburos (1938); turismo (1938); armas y explosivos (1939); vagos y maleantes (1939); pesas

y medidas (1939); ejército y la armada (1939); naturalización (1940); registro público (1940); bancos (1940); educación (1940); telecomunicaciones (1940); crédito público (1941); aviación civil (1941); navegación (1941), y muchas otras más; leyes estas que serán las bases del desenvolvimiento del Derecho administrativo científico.

§108. 2da. *fase* (*1948-1960*) — Esta etapa se inicia con la llegada a Venezuela y, concretamente, a la Universidad Central de Venezuela de A. Moles Caubet, quien transformó el Derecho administrativo venezolano al realizar una extraordinaria labor docente y obra escrita; y quien sembró, en los estudiantes de la época y profesores después, el fervor por el Derecho Público y el Derecho administrativo. Finalmente, creó el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.

Es también durante esta etapa cuando surge en Venezuela una célebre generación de administrativistas protagonistas del proceso de desarrollo de nuestro sistema de Derecho administrativo, son bien conocidos, además de Moles Caubet: E. Lares Martínez, G. Pérez Luciani, T. Polanco Alcántara en la Universidad Central de Venezuela; y N. Andrade Labarca en la Universidad del Zulia.

Finalmente, otro importante hito en esta etapa es la aparición del Manual de Derecho Administrativo de Lares Martínez en 1963 que constituye la primera exposición sistemática de la materia, fruto de su labor docente en la Universidad Central de Venezuela desde 1941. Este Manual es un ejemplo de la función integradora del sistema jurídico que a la doctrina corresponde, y ha determinado el rumbo del Derecho administrativo venezolano, lo que junto con otras obras de reciente aparición han enriquecido el acervo bibliográfico ya tan estimable con que cuenta actualmente el Derecho administrativo venezolano.

§109. *3ª fase (1961-1999)* — Esta etapa se caracteriza porque se dictan las grandes leyes administrativas del último cuarto del siglo XX –marcada con la huella de la siguiente generación de administrativistas que encabeza A. R. Brewer-Carías–, sobre muy diversas materias (por ejemplo: carrera administrativa (1976); ambiente (1976); Corte Suprema de Justicia (1976); procedimiento administrativo (1981); urbanismo (1983); ordenación del territorio (1987), y muchas otras más) que pervivirán, incluso, tras la aprobación de la Constitución de 1999, y cuyo impacto sobre diversos institutos jurídico-administrativos ha sido tratado en Seminarios y cursos por distinguidos juristas nacionales y extranjeros. Solo algunos años después de aprobarse la

Constitución de 1999 se comenzaron a sustituir algunas de las mencionadas, por nuevas leyes, ahora vigentes.

En 1980, Brewer-Carías funda la Revista de Derecho Público (RDP), la principal publicación periódica del Derecho administrativo en el siglo XX (y de momento también en el XXI), donde se revela el alcance del Derecho público en nuestro país. Basta con repasar los índices de lo publicado desde entonces hasta hoy en la RDP para localizar a los refundadores de nuestra disciplina en Venezuela, encabezada la lista por el propio Brewer-Carías y otros excelentes iusadministrativistas que, tomando a préstamo un símil español, pudiéramos llamar "la generación de la RDP".

C. CARACTERES

Los caracteres técnicos del Derecho administrativo que son aplicables al sistema de Derecho administrativo venezolano son los siguientes:

§110. Derecho nuevo — Si se compara con el Derecho civil, el cual tiene una construcción milenaria, en el que muchas categorías jurídicas ya están consolidadas. En efecto, si bien es cierto que el Derecho administrativo venezolano, durante mucho tiempo, se caracterizó por la incertidumbre e imprecisión de sus categorías jurídicas, no obstante, hoy día es un Derecho científico y consolidado.

§111. Derecho en transformación — Es un Derecho sensible a todo el conjunto de cambios políticos, económicos, sociales y culturales de la sociedad. De modo que el Derecho administrativo venezolano recepta esos cambios que se van dando; por ello, si el Estado se transforma, el Derecho administrativo también debe modernizarse.

§112. Derecho jurisprudencial — También el Derecho administrativo es un derecho fundamentalmente jurisprudencial, y por eso el origen de muchos de sus principios o reglas se encuentra en sentencias de principios construidos junto con la doctrina. En Venezuela, la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha jugado un papel muy importante.

§113. Derecho parcialmente codificado — Finalmente, el Derecho positivo ha procedido a codificar, solo parcialmente o por materias, ciertas partes del Derecho administrativo por encontrarse suficientemente elaborado; por ejemplo: el acto administrativo, los contratos públicos, el procedimiento administrativo, el urbanismo, el medio ambiente, etc.

En conclusión, si bien en sus orígenes el desarrollo del brillantísimo iusadministrativismo francés –del que proceden los administrativismos del mundo entero (E. García De Enterría)– fue guía y norte del Derecho administrativo

venezolano, se puede estimar que hoy día ofrece consistencia para buscar y elaborar soluciones propias, sin perjuicio de los grandes aportes de las doctrinas del Derecho comparado.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012; AA.VV. *Cien Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009,* 2 ts., UCV-CEDP-FUNEDA, Caracas, 2011; Del Saz Cordero, S., "Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional", en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres Estudios,* Civitas, Madrid, 1992; García De Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Hernández Ron, J.M., *Tratado Elemental de Derecho Administrativo,* 2 ts., Tipografía Americana, Caracas, 1937 e "Historia del Derecho Administrativo Venezolano", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal Nº 6,* Caracas, 1938; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Martín-Retortillo Baquer, S., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones,* 2ª Ed., Madrid, 1996; Moles Caubet, A., "La progresión del derecho administrativo ", en *Estudios de Derecho Público,* UCV, Caracas, 1997; Oropeza, A., *La Nueva Constitución Venezolana –1961–,* Caracas, 1969; Weil, P., *Derecho administrativo,* trad. española, Civitas, Madrid, 1986.

Tema 3. Teoría de las Bases Constitucionales

Sumario: FENÓMENO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN: Cuestión previa. Constitucionalización del Derecho administrativo. Sistema de relaciones.

FENÓMENO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

A. CUESTIÓN PREVIA

§114. Constitucionalización del Derecho — El punto de partida de estudio sobre la teoría de las bases constitucionales del Derecho administrativo ha de ser necesariamente la Constitución. En efecto, un hecho importantísimo en el Ordenamiento jurídico de Venezuela lo constituye la aprobación de la Constitución del año 1999 fruto de un arduo proceso constituyente que influye en la sistemática y contenido del Derecho administrativo venezolano.

Si partimos del hecho de que el concepto normativo moderno la Constitución es a la vez: (i) El cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del Ordenamiento jurídico, el "conjunto de normas de rango superior a cualquier otra" y, por lo tanto, inmodificables por los procedimientos ordinarios de producción legislativa (Véase Sent. Nº 6 del TSJ/SC, de fecha 27 de enero de 2000, caso *Milagros Gómez y otros*); y (ii) la "fuente de las fuentes del Derecho", ya que todas las demás se deben adaptar a ella, tanto en su proceso de formación como en cuanto a su contenido; de tales premisas resulta un fenómeno o proceso de constitucionalización del Derecho, es decir, una irrigación de todo el Ordenamiento jurídico por la Constitución.

En este orden de ideas, la doctrina remarca una tendencia amplia de la constitucionalización del Derecho generada en virtud del reconocimiento de la Constitución, ya no solo como valor político de creación y organización del Estado sino, también, como norma jurídica de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley. De ahí que no podemos desconocer la existencia de un zócalo constitucional o de bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, incluso ajenas al Derecho público, según el autor G. Vedel: civil, laboral, penal, procesal, social, tributario, etc. Este imperativo lógico común a todas las ramas del Derecho posee una incidencia muy especial en lo que se refiere al Derecho administrativo.

B. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§115. Concepto — Las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo son de interferencias. En tal sentido, el autor Brewer-Carías sostiene que uno de los signos más característicos del Derecho administrativo, en el sistema jurídico contemporáneo, es el de su progresiva "constitucionalización", así como, a la vez, del Derecho constitucional, es el hecho de que las constituciones hayan superado su tradicional contenido orgánico/dogmático relativo a la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales, y cada vez con mayor frecuencia hayan incorporado a su normativa, los principios básicos de la Administración Pública y de la función administrativa del Estado.

§116. Derecho administrativo constitucional — De ahí que, la propia concepción dogmática del Derecho administrativo como la de sus categorías jurídicas deben ser revisadas a la luz de la Constitución. Así las cosas, por cuanto la fuente suprema del Ordenamiento jurídico venezolano viene a ser la Constitución, por consiguiente, también lo será para el Derecho administrativo. De lo dicho hasta ahora resulta absolutamente imprescindible construir el Derecho administrativo desde el punto de vista de la Constitución, cuyos capítulos se nutren en los principios generales, valores superiores y normas constitucionales. Por eso, desde el comienzo, teniendo en cuenta su doble condición académica de profesor universitario y de constituyente, con una participación muy activa en la elaboración y discusión de la Constitución española de 1978, el autor Meilán Gil propuso la construcción de un denominado Derecho administrativo constitucional: es decir, el estudio del Derecho administrativo desde el marco constitucional.

En este último sentido, el Derecho administrativo, en su doble vertiente de herramienta del Poder Público y de instrumento garantizador de las personas, se convierte así en la piedra de toque de la Constitución, en el lugar donde se plasman concretamente los grandes principios y valores constitucionales. El Derecho administrativo será, así como se ha dicho, el Derecho constitucional de lo concreto porque sus instituciones y categorías jurídicas tienen necesariamente un marco constitucional, o más propiamente, unas "bases constitucionales", según el título de un conocido trabajo de Vedel. De ahí que el Derecho administrativo, ni desde el punto de vista pedagógico ni desde el teórico puede definirse de manera autónoma y solo es posible a partir de la Constitución. Hay, pues, una solución de continuidad entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, al punto de que, este último, constituiría la prolongación del primero.

C. SISTEMA DE RELACIONES

§117. Modalidades — La Constitución de 1999 debe ser el marco de referencia constante del Derecho administrativo venezolano, y de ahí la necesidad de analizar el sistema de relaciones pues, indiscutiblemente, la ciencia jurídica que más puntos de contacto presenta con el Derecho constitucional es el Derecho administrativo. Sin embargo, lo primero que hay que señalar es la insuficiencia de los diferentes análisis tradicionales.

En efecto, de muchas maneras distintas se han destacado diversas teorías sobre el sistema de relaciones de ambas ciencias jurídicas, las cuales fundamentalmente se reducen a cuatro modalidades: (i) contraposición; (ii) unidad; (iii) jerarquía; y, por último, (iv) complementariedad.

I. CONTRAPOSICIÓN

§118. Planteamiento — En primer lugar, se sostiene que el Derecho constitucional se contrapone ante todo al Derecho administrativo con el cual presenta, sin embargo, variados y notables contactos e interferencias. Es seguramente la manera más tradicional de abordar tales relaciones. En tal sentido, necesidades pedagógicas y programas universitarios han hecho de ellas dos ciencias jurídicas perfectamente separables y distinguibles.

II. UNIDAD

§119. Derecho del Estado — Frente a la teoría recién expuesta, otro sector cuestiona la distinción entre ambas ciencias jurídicas que, por el contrario, se fusionarían en un supuesto "Derecho del Estado". Así para el autor español Gallego Anabitarte, la estrecha relación entre ambas disciplinas lo llevará a defender "una concepción unitaria del Derecho público estatal".

Sin embargo, la separación entre una y otra ciencia jurídica tiene su justificación. En rigor, como ya lo ha señalado con acierto la doctrina, lo propio y peculiar del Derecho administrativo frente al Derecho constitucional como partes ambas del Derecho público, viene dado por: (i) el objeto; y (ii) la esencia.

Por un lado, la diferencia específica que permite analizar su concepto radica en el objeto de ambas disciplinas. Del Derecho constitucional derivan las normas que regulan la estructura del Estado, determinan sus funciones y definen sus potestades y límites, constituyendo la base de todo el Derecho público positivo. Por su parte, el Derecho administrativo regula la organización de la Administración Pública, tanto en lo que refiere a su estructura (aspecto estático) como a su funcionamiento (aspecto dinámico), y la actividad de esta, tanto la concretada en actos jurídicos (aspecto formal)

como en operaciones materiales (aspecto material), que se realiza a través del ejercicio de la función administrativa. Y por otro lado, en su esencia, el Derecho administrativo se presenta como un intento permanente de lograr un equilibrio entre las potestades públicas de la Administración Pública con los derechos fundamentales de las personas, en función del fin trascendente de la obtención del bien común o del interés público.

III. JERARQUÍA

§120. Subordinación — En tercer lugar, otro sector de la doctrina afirma que entre ambas ciencias jurídicas existe una relación de jerarquía en el sentido de que las categorías jurídicas administrativas se subordinan a los principios generales, valores superiores y normas constitucionales. En este caso se sostiene la dependencia constitucional del Derecho administrativo cuando se señala que el Derecho administrativo y la Administración Pública son determinados, en lo esencial, por la Constitución de su tiempo: este es un hecho generalmente admitido para la época actual, de acuerdo con la fórmula citada de quien fuera Presidente del Tribunal Administrativo Federal alemán F. Werner, al calificar al Derecho administrativo como "Derecho constitucional concretizado".

IV. COMPLEMENTARIEDAD

§121. Concepto — Por último, otro sector doctrinario sostiene que las relaciones que existen entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo no se resuelven solo con la superioridad normativa de la Constitución o consecuente subordinación a ella del Derecho administrativo, pues se manifiestan también en la existencia de "conexiones inevitables entre lo jurídico (deber ser) y lo real (lo político)" (Brito).

Sin embargo, también se ha destacado que esta relación es de relativa dependencia pues el Derecho constitucional no determinaría "por completo" al Derecho administrativo, y es que entre ambos se da, más bien, una relación de "complementariedad" (Schmidt-Abman): el uno complementa al otro. Por ello ha de insistirse en que no existe una tajante separación en la materia tratada por los cultivadores del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, sino la necesaria reconciliación y complementariedad entre ambas expresiones del Derecho Público (Rodríguez-Arana).

V. CONCLUSIONES

§122. Encabezamientos del Derecho administrativo — Como conclusión a todo lo que llevamos dicho, reiteramos que los vínculos entre las dos disciplinas del Derecho público son muy estrechos y es posible, por sí solo,

inferirse al simple análisis de los textos constitucionales que, según el conocido enunciado que ha devenido clásico, contiene las *têtes de chapitre* y el *préface obligé,* de las categorías jurídicas más importantes del Derecho administrativo según el autor francés J. Berthélémy.

En efecto, Berthélémy sostuvo que los puntos de contacto entre ambas disciplinas jurídicas son tan numerosos que no es posible llevar a cabo entre ellos una separación completa para luego afirmar: "En el Derecho constitucional se encuentran los encabezamientos de los capítulos del derecho administrativo; uno es el prefacio obligado del otro."

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012, e *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional,* Ediciones Paredes, Caracas, 2009; Berthélémy, J., *Traité Elémentaire de Droit Administratif,* 7ª Ed., Rousseau, París, 1913; Gallego Anabitarte, A., "Constitución y política", Apéndice a Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución,* Barcelona, 1983; Giannini, M. S., *Derecho administrativo,* 1ª Edición española, MAP, Madrid, 1991; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* XIV, Ed., UCV, Caracas, 2013; Meilán Gil, J. L., "El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en España", en *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica,* Quito, Ecuador, 2006; Rodríguez-Arana, J., *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional,* EJV, Caracas, 2007; Schmidt-Abman, E., *La Teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática,* Marcial-Pons-INAP, Madrid, 2003; Vedel, G. y Delvolvé, P., *Droit administratif,* T. I, 7ª Ed., PUF, Thémis, Droit public, París, 1992 y "Les bases constitutionnelles du Droit Administratif", en *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* núm. 8, 1954.

LECCIÓN 2. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tema 4. Ordenamiento Jurídico-Administrativo

Sumario: ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: Ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico-administrativo. Teoría de la interpretación legal. FUENTES DEL DERECHO: Concepto. Principios fundamentales. Clasificación.

ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

A. ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. CONCEPTO

§123. Producción del Derecho — Fuente es una expresión generalmente aceptada que se utiliza para designar el lugar de donde brota el agua, o en el sentido más amplio, de donde nace o surge algo. Al Derecho –con mayúscula– se aplica para designar los órganos o entes que crean el Derecho. La expresión fuentes del Derecho se refiere al hecho de la creación o producción del Derecho y por extensión al de su fundamento, al origen de las normas jurídicas, lo que equivale a tratar de determinar quiénes son las personas o cuáles los órganos con poder de producir Derecho.

§124. Distinción — Se distingue entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento del Derecho. Las primeras hacen referencia a los órganos de creación del Derecho. La segundas a los libros, documentos y textos de literatura jurídica, esto es, la doctrina en que esas creaciones se concretan y materializan. Sin embargo, no hay más fuentes del Derecho que aquellas que el propio Ordenamiento jurídico declara o reconoce como tales en sus normas sobre la producción jurídica.

II. CARACTERÍSTICAS

§125. Plan — El Ordenamiento jurídico alude a los rasgos o características particulares siguientes: (i) la pluralidad de fuentes jurídicas; (ii) la estructura organizada; y (iii) las características propias de un sistema; esto es, sus elementos están entrelazados y relacionados entre sí.

§126. Pluralidad de las fuentes — La definición más general de Ordenamiento jurídico (como cualquier otro sistema normativo) alude a un conjunto de normas jurídicas. Esta definición presupone una sola condición: que a la

constitución de un Ordenamiento jurídico concurran varias normas jurídicas (N. Bobbio).

Sin embargo, la complejidad de un Ordenamiento jurídico proviene, por tanto: (i) del carácter pluralista de las fuentes de las que afluyen las normas jurídicas; y (ii) del hecho de que está formado, además, por las normas, los principios y valores jurídicos e incluso, para algún sector de la doctrina, por las costumbres existentes o incluso la jurisprudencia o la misma doctrina que contribuye a integrar e interpretar cada una de ellas y su conjunto.

En consecuencia, en la actualidad no hay una única fuente de producción sino que diversos órganos del Poder Público dictan normas jurídicas con distinto rango, lo cual obliga a un cuidadoso análisis del ámbito competencial y de la jerarquía de los autores de las normas, para determinar su validez y eficacia jurídica.

§127. Estructura organizada — El Ordenamiento jurídico es una estructura organizada en el sentido de que no es un puro agregado informe de normas, principios y valores jurídicos. Las relaciones de los elementos integrantes que lo constituyen entre sí, esto es, las normas jurídicas, principios y valores jurídicos, y con el conjunto del sistema se hallan predeterminadas por reglas estructurales de muy diverso alcance y contenido, entre las que destacan las relativas a la formación, modificación y extinción.

§128. Unidad sistemática — Finalmente, otra característica del Ordenamiento jurídico es el hecho de ser un sistema, esto es, un todo cuyas partes están relacionadas entre sí de un modo armónico y respondiendo a una determinada lógica interna ofreciendo un todo coherente. Por tanto, es la condición ordenada, pluralista y sistemática del conjunto de normas, principios y valores jurídicos de todo orden que forman el Ordenamiento jurídico.

B. ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

I. CONCEPTO

§129. Sistema jurídico específico — El Derecho administrativo se refiere también a un elemento formal, esto es, una pluralidad de reglas de Derecho o normas jurídicas propiamente dichas. Entonces, ¿con qué criterio agruparlas homogéneamente para conferirles unidad sistemática? Ello, evidentemente, implica que se dé una descripción de Derecho administrativo.

Nos hemos referido al Ordenamiento jurídico como el conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, escalonadas o jerarquizadas, que rigen en un momento dado a un país o a una sociedad determinada. De manera que, desde el punto de vista del Derecho administrativo, un elemento fundamental

es el concepto de Ordenamiento jurídico que cuando está referido al Derecho administrativo constituye un Ordenamiento jurídico-administrativo, según el autor español García De Enterría, dentro de ese macrocosmos que es el Ordenamiento jurídico de un país determinado, así como la articulación que existe entre aquel y los demás Ordenamientos jurídicos sectoriales.

Así, el Ordenamiento jurídico-administrativo se nos presenta como una unidad sistemática que tiene vida propia, independiente y distinta a las normas que lo conforman, integran o configuran. Por tanto, más que un agregado o una acumulación de normas, es el conjunto de normas y principios estructurales que informan un sistema jurídico específico en un momento dado de una sociedad determinada.

II. PRINCIPIOS RECTORES

a. *Principio de territorialidad o espacio geográfico*

§130. Concepto — Significa el monopolio de vigencia o eficacia del Derecho de Estado en cada territorio soberano. En tal sentido, las normas se dictan para el territorio y tienen sus límites dentro del mismo.

El territorio no solo es la base física –al determinar la extensión y límites–, sino que también es el elemento esencial del Estado. En tal sentido, el Ordenamiento jurídico-administrativo se caracteriza por el concepto de territorialidad pues: por un lado, él solo tiene vigencia o eficacia dentro de un territorio determinado; y por el otro, este se aplica a todo (personas, bienes, actividades, etc.) lo que se encuentra dentro del territorio. Sin embargo, en la Constitución se adoptó la expresión más amplia de espacio geográfico para sustituir la de territorio. Así, espacio geográfico alude a los espacios continentales insulares y marítimos, quedando el territorio como componente del primero de los enumerados (Arts. 10 y ss. de la C).

Por tanto, el elemento territorio nos va a permitir una clasificación de las normas jurídicas, así: (i) si se trata de un Ordenamiento jurídico-administrativo con carácter nacional, tendrá vigencia en todo el territorio; (ii) si se trata de Ordenamiento jurídico-administrativo con carácter local, como es el caso del estadal o del municipal, solo tendrá vigencia dentro del territorio del estado o municipio del que se trate.

b. *Principio de orden público*

§131. Concepto — Es un concepto finalista que existe en todo Ordenamiento jurídico-administrativo, y es el que se deriva de que la finalidad última es el orden público. De esta visión finalista surgen ciertos caracteres tales como:

§132. Interés público — El Ordenamiento jurídico-administrativo se justifica siempre que persiga la satisfacción del interés público. Ese interés público es asumido por el Estado y debe satisfacer, de allí las prerrogativas y privilegios de Poder Público que ostenta, y se manifiesta a través de la Administración Pública del Estado. Ahora, es sabido que en el Ordenamiento jurídico-privado no existe esta visión finalista, mientras que sí existe dentro del Ordenamiento jurídico-administrativo.

En efecto, la concepción del Estado se justifica en la medida en que persiga la paz social y la satisfacción de necesidades de interés público, y esta es una potestad-deber, ya que la potestad pública debe ser ejercida cuando estén dados los supuestos de hecho previstos en la norma.

§133. Potestades públicas — Según la jurisprudencia, el interés público en que se inspiran las normas de Derecho administrativo justifica las prerrogativas o potestades de Poder Público, esto es, las potestades públicas –que exceden los moldes clásicos del Derecho común– de que goza la Administración Pública para el cumplimiento efectivo de sus fines (Véase Sent. de la CF, de fecha 30 de mayo de 1966. GF. Nº 52, 1959, p. 108).

Las mencionadas potestades públicas son indisponibles y, en consecuencia, no se pueden delegar, relajar, renunciar, ni transferir, ya que constituyen una manifestación de Poder Público y su ejercicio es obligatorio, salvo previsión legal.

c. *Principio de estatalidad*

§134. Concepto — Significa que toda fuente de producción normativa del Ordenamiento jurídico-administrativo se concentra, exclusivamente, en el Estado. Sin embargo, a su formulación inicial son oponibles ciertas excepciones, pues nunca el Estado ha alcanzado a ser señor absoluto del Derecho, creador *ad nutum* del mismo.

En efecto, a partir de la Revolución Francesa y durante mucho tiempo privó un concepto de que las únicas fuentes del Ordenamiento jurídico eran las leyes, pues había una equiparación de que la voluntad general y soberana solo se podía exteriorizar a través de la ley; pero esta concepción era muy reducida.

Por tanto, la evolución del Derecho público moderno concluyó en una crisis de este concepto, al constatarse que no solo el Estado era el origen (teoría monista) del Ordenamiento jurídico-administrativo, ya que existen excepciones notorias y graves al principio de concentración de la potestad normativa del

Estado, y donde se presentan manifestaciones (teoría pluralista) que cuestionan dicha concepción; y así tenemos, entre las excepciones, las siguientes:

§135. Costumbre administrativa — En sentido amplio, la costumbre es cualquier uso o hábito de la vida social; en sentido jurídico, es el uso social fuente de decisiones y normas jurídicas. Es así como para algún sector de la doctrina, ya no solo el Estado es el origen de las fuentes del Ordenamiento jurídico-administrativo, sino también cabría admitir la denominada costumbre administrativa, entendida como aquella norma creada espontáneamente por la comunidad en cuanto tal.

Al respecto, se señala que son tres las posturas sobre la posibilidad de su reconocimiento como fuente del Derecho administrativo: (i) la plena negación; (ii) la admisión plena; y (iii) la de la admisión subordinada, aspecto este sobre el cual volveremos en el Tema 8.

§136. Normas de origen no estatal — Hoy en día existen disposiciones de carácter vinculante que emanan de órganos, autoridades o entidades que no integran o forman parte del Estado.

En efecto, cada vez son más frecuentes los casos donde el Estado habilita a las personas de Derecho privado para dictar normas jurídicas: por ejemplo, los colegios profesionales. También se admite que personas de Derecho privado dicten reglamentos, tal como sucedió con el caso de la Sociedad y Compositores de Autores del Estado Lara (Sacven) (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 15 de marzo de 1984, caso *Sociedad y Compositores de Autores del Estado Lara (Sacven),* RDP Nº 18, p. 177); quien emitió un reglamento para regular la tarifa por eventos o espectáculos que deben ser cancelados a esta sociedad, dando origen a la denominada "teoría de los actos de autoridad", y cuyo desarrollo se encuentra más adelante al tratar la teoría general del acto administrativo en el Tema 16.

§137. Ordenamientos originarios — Finalmente, la penetración de la categoría de los derechos fundamentales se observa en casos donde se quiebra el principio de estatalidad porque las fuentes no son del Ordenamiento jurídico-administrativo sino de Ordenamientos jurídicos no propios o distintos, pero que son receptados y aceptados por el primero, por ejemplo: tratados, acuerdos, convenios que tienen su origen en el denominado Derecho administrativo comunitario que hace referencia al Derecho internacional y al Derecho supranacional o global.

d. *Principio de unidad*

§138. Concepto — El Ordenamiento jurídico constituye una unidad. Este principio postula que el conjunto del Ordenamiento jurídico tiene siempre una respuesta, y precisamente solo una única respuesta para cualquier supuesto de hecho o realidad que presente dicha característica, la cual no desaparece aunque dentro del mismo puedan diferenciarse grupos de normas, que forman un conjunto de subsistemas, creados desde perspectivas parciales o sectoriales. En otras palabras, en un país determinado, el Ordenamiento jurídico puede estar integrado por: (i) un Ordenamiento jurídico general (sistema); y (ii) diversos Ordenamientos jurídicos sectoriales (subsistemas).

Ahora bien, como unidad, el Ordenamiento jurídico obliga a todos, tanto a los particulares como a los distintos órganos o entes que ejercen el Poder Público, lo que significa la aplicabilidad de las normas a todas aquellas situaciones incluidas en su presupuesto de hecho. También la unidad del Ordenamiento jurídico-administrativo significa que se le concibe con vida propia e independiente, con la capacidad de dar respuesta a todos los conflictos y controversias que se presentan en el ámbito administrativo, y de aquí deriva la siguiente consecuencia: el Ordenamiento jurídico-administrativo es un axioma que da respuesta a todos los vacíos y contradicciones que se presenten dentro del mismo sin acudir a otras normas.

En tal sentido, la jurisprudencia sostuvo, por ejemplo, que la fuente del procedimiento administrativo es la LOPA para resolver todas las dudas, lagunas y controversias y que, por tanto, es inadmisible que el operador jurídico, a los efectos de resolver las lagunas legales en tal materia administrativa, acuda o se remita al CPC, pues en él intervienen otros tipos de sujetos, intereses o instituciones (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 30 de mayo de 1983, RDP Nº 15, p. 138.

De lo anteriormente indicado se demuestra que el Derecho administrativo es un Ordenamiento jurídico sectorial, y en concreto, la parte del general que se independiza *rationae personae* por afectar a la Administración Pública y a la función administrativa; es un sistema estructural y organizado que da sentido a una pluralidad de fuentes, según analizaremos más adelante.

C. TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL

I. CONCEPTO

§139. Teoría de la interpretación legal — Los problemas en que se encuentra la delimitación de la realidad jurídico-administrativa son los siguientes: (i) la determinación de los principios generales del Derecho que informan

el Ordenamiento jurídico-administrativo; (ii) la delimitación de las normas jurídicas; y por último (iii) la interpretación de las normas que integran el Ordenamiento jurídico (J. González Pérez).

Con respecto al último de los puntos mencionados, se observa que en estricto significado jurídico, interpretar es indagar o esclarecer el sentido del Derecho aplicable a un determinado caso (*interpretatio iuris*). La teoría tradicional de la interpretación legal o jurídica persigue determinar el significado de la norma aplicable de manera suficientemente precisa para los fines de la toma de decisión jurídica plenamente justificada. Sin embargo, hoy día en la situación de interpretación legal de la norma aplicable al caso en concreto se ha de tener también en cuenta la dependencia del significado en cuestión respecto del contexto sistemático relevante (modelo de regulación, institución jurídica, rama del derecho, etc.) al que pertenece la norma interpretada, lo cual explica que, al final de un razonamiento jurídico, la solución de un caso no sea la solución según tal o cual norma jurídica, sino la solución según el Derecho.

§140. **Operaciones intelectivas** — La interpretación legal, legítima, de la norma es el medio para conseguir su aplicación al caso concreto. Ahora, por cuanto la aplicación de la norma exige la solución a un problema jurídico, toda norma será el resultado de la indagación de un número indeterminado de disposiciones legales hasta llegar a encontrar la norma aplicable al caso en concreto. Lo expuesto comporta la necesidad de buscar los textos normativos de que disponga el Ordenamiento jurídico sectorial para verificar si existen normas legales que hayan previsto la situación de hecho que se analiza.

Luego se realizan, con los textos legales encontrados, las operaciones intelectivas necesarias para determinar "la norma aplicable al supuesto de hecho", que se expresan en diversas directivas interpretativas concebidas como reglas para determinar el significado válido y legítimo de la norma interpretada en el caso en concreto según el Derecho. Ello implica una actividad de interpretación legal, y cuando se pretende que sea válida y legítima deben aplicarse todos los métodos legítimos de interpretación legal que sean necesarios y posibles.

§141. **Métodos de la interpretación legal** — Una vez realizada la actividad de interpretación legal, legítima, el operador jurídico aplica una norma al caso en concreto según el Derecho. A ese objetivo sirven la interpretación: (i) a partir del texto de la norma (interpretación gramatical); (ii) de su conexión (interpretación sistemática); (iii) de su finalidad (interpretación teleológica); (iv) de su proceso de creación (interpretación histórica); y (vi) la dogmática

jurídica (interpretación doctrinal) en el curso de los cuales todos estos métodos se apoyan y complementan mutuamente.

Ahora, la interpretación legal debe buscar, en cada caso, el fin de la norma y, sobre todo, el fin del Derecho. La necesidad de procesar el fin objetivo de la norma, se da cualquiera que sea la norma objeto de la interpretación. La interpretación legal debe buscar siempre la finalidad del Derecho y esa no es una peculiaridad de la interpretación legal en el Derecho administrativo, sino que se está expresando una característica de la interpretación jurídica en general.

Finalmente, los principios, normas y categorías jurídicas del Derecho administrativo no pueden ser comprendidos con claridad si se utilizan los esquemas interpretativos normalmente utilizados en el Derecho privado.

II. TÉCNICAS ESPECIALES

Según el principio de unidad, en materia de interpretación del Derecho administrativo derivan las siguientes técnicas especiales:

a. *Laguna legal*

§142. Concepto — En la Teoría General del Derecho se ha sostenido que una de las características del Ordenamiento jurídico es el dogma de su completitud o plenitud, es decir, que el Ordenamiento jurídico es completo, que en él se contiene todo el Derecho y, por ende, en él existe una norma para regular cada caso. Sin embargo, este dogma no es tan cierto, pues la realidad nos demuestra la imposible regulación total por ley, puesto que hay bastantes casos en los que el operador jurídico se encuentra ante situaciones no previstas en las normas jurídicas, dando lugar a la llamada laguna legal, laguna de ley o laguna del Derecho, es decir, ante situaciones que debe resolver y que, por distintas razones, no hay en el Ordenamiento jurídico una norma que las contemple directamente.

Ahora, en el caso de que el Ordenamiento jurídico-administrativo esté incompleto por ausencia de una norma, se dice que tiene una laguna legal en su acepción jurídica. Siendo ello así, la doctrina analiza los procedimientos o métodos, esto es, los criterios que llevan a solventar las carencias normativas y ofrezcan un Ordenamiento jurídico más completo.

§143. Actitud — Ahora bien, cuál ha de ser la actitud de la Administración Pública ante una laguna legal, sobre la base de las interrogantes siguientes: (i) si es idéntica a la de los jueces; y (ii) si los principios generales del Derecho son aplicables a la función administrativa.

Al respecto se observa que no puede ser la misma actitud de la Administración Pública ante la laguna legal que la del Juez, pero ello no quiere decir, en forma alguna, que los principios generales del Derecho no regulen la función administrativa, pues serán ellos los que determinen el contenido de la misma.

b. *Métodos*

§144. Plan — Frente a una laguna legal, el Ordenamiento jurídico-administrativo puede completarse recurriendo a dos procedimientos o métodos diferentes que se llaman: (i) de hetero-integración; y (ii) de auto-integración.

§145. Hetero-integración — El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: (i) recurriendo a Ordenamientos jurídicos diversos; o (ii) recurriendo a fuentes distintas de la dominante, es decir, de la ley para, mediante ellos, completar la laguna legal y poder dar respuesta a aquellos casos no contemplados por el Ordenamiento jurídico-administrativo.

§146. Reenvío — Por método de reenvío se entiende aquel procedimiento por el cual un Ordenamiento jurídico renuncia a regular una materia determinada y acoge la regulación establecida por fuentes normativas pertenecientes a otros Ordenamientos jurídicos, esto es, se integra la norma de otro Ordenamiento jurídico con el Ordenamiento jurídico-administrativo.

En el proceso de relaciones entre distintos Ordenamientos jurídicos se presenta el reenvío en su doble modalidad: (i) el reenvío formal o *no recepticio* en el que no hay integración (por ejemplo, la costumbre); y (ii) el reenvío material o *recepticio*, o, más simplemente, reenvío en el que hay integración (por ejemplo, la legislación delegada).

§147. Recepción — Por método de recepción que presupone una compatibilidad entre Ordenamientos jurídicos se entiende el procedimiento por el cual un Ordenamiento jurídico incorpora en su propio sistema la regulación normativa de una materia dada, en la forma como está establecida en otro Ordenamiento jurídico, de modo que uno incorpora los supuestos o las consecuencias, o las normas de otros. Así, puede suceder que el Derecho administrativo acepte instituciones o categorías que pertenecen a otro Ordenamiento jurídico siempre que sean compatibles con las soluciones que exige el Derecho administrativo.

§148. Autointegración — El segundo método consiste en la autointegración llevada a cabo o acudiendo a criterios dentro del mismo Ordenamiento jurídico-administrativo, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros Ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante.

En efecto, el Ordenamiento jurídico es autosuficiente y completo –como antes se decía de la ley, ahora con mayor propiedad–, puesto que está en condiciones de cerrar por sí mismo las lagunas legales que van apareciendo y, lo que es más importante, puede progresar adaptándose a los tiempos, es decir, desprendiéndose de las normas formalmente obsoletas, generando otras nuevas y adaptando el sentido de las vigentes.

Así, el método de la autointegración se vale, principalmente, de dos procedimientos: (i) la analogía; y (ii) los principios generales del Derecho.

§149. Analogía — Por analogía se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado, el mismo régimen o tratamiento dado a un caso regulado similarmente por el Derecho.

No debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva (*extensio legis*) o equiparación del Derecho, pues mientras esta última solo pretende extender los conceptos de la norma en el sentido más amplio y no tan estricto, la analogía trasciende a la ley. Así, mientras en la aplicación analógica se crea una norma jurídica nueva (con los mismos efectos jurídicos, pero supuesto de hecho distinto); en la interpretación extensiva se trata de una misma norma que extiende su aplicación a supuestos no contemplados en su sentido literal o estricto.

§150. Principios generales del Derecho — Otro procedimiento de autointegración, tradicionalmente conocido como *analogía iuris*, consiste en recurrir a los principios generales del Derecho. Al respecto, observa BOBBIO que los principios generales del Derecho no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales, y son tan normas como todas las otras.

Finalmente, hay que hacer la distinción entre los principios generales del Derecho; (i) expresos y, por consiguiente, positivizados incluso en la propia Constitución; y (ii) los no expresos, o sea aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales.

FUENTES DEL DERECHO

A. CONCEPTO

§151. Teoría de las fuentes del Derecho — Para la construcción del sistema de Derecho administrativo venezolano es necesario saber dónde se encuentra este, y a esa pregunta responde la teoría de las fuentes del Derecho.

Ahora, las fuentes del Derecho –también llamadas directas, formales, inmediatas– responden a la cuestión de dónde procede el Derecho, al origen de las normas jurídicas. De acuerdo con su etimología la palabra fuente proviene del latin *font, fontis,* lugar de donde surge el agua, y utilizado en sentido metafórico se dice que fuente del Derecho nos indica de dónde surge, brota o emana el Derecho; es "el manantial de preceptos administrativos" (Garrido Falla). En tal sentido, son fuentes del Derecho los poderes sociales a los que se reconocen como potestad normadora o normativa, esto es, creadora o productora de normas y, en sentido traslativo; las normas jurídicas acuñadas por determinado poder social, para lo cual se ha de proceder a su enumeración y señalar su orden jerárquico.

Ahora bien, el estudio de las distintas formas de creación de las normas jurídicas se hace, generalmente, bajo el rótulo de fuentes del Derecho. El estudio del Derecho administrativo nos lleva al de las fuentes del mismo. A su vez, las normas que integran los sistemas jurídicos se pueden clasificar, tanto por su origen (fuentes de la Administración y para la Administración) (Merk), contenido (fuentes específicas y fuentes eventuales), y finalmente por su estructura.

Por tanto, se denomina fuentes del Derecho a los modos de creación normativa de un determinado sistema jurídico. De ahí que fuentes del Derecho administrativo sean los hechos o procedimientos reconocidos dentro de un sistema jurídico dado como válidos para crear normas jurídicas.

Así las cosas, por fuentes del Derecho administrativo han de entenderse aquellos actos o hechos de los que el Ordenamiento jurídico hace depender la creación de normas jurídicas (Bobbio), esto es, la creación, modificación o extinción de las normas jurídicas. En este sentido lo abordaremos nosotros en este tema, esto es, como fuentes del Derecho administrativo venezolano.

§152. Criterios — El Ordenamiento jurídico-administrativo, al igual que los demás sistemas normativos se caracteriza por los criterios siguientes según la doctrina italiana (Bobbio):

- La procedencia: fuentes para (normas heterónomas: por ejemplo, la ley) y fuentes de (normas endorónomas: por ejemplo, el reglamento) la Administración Pública.
- El pluralismo: sus fuentes son diversas. El Derecho administrativo se manifiesta a través de una serie de normas de Derecho positivo. El operador jurídico debe tener conocimiento de esa pluralidad de fuentes que en su conjunto va a constituir un sistema jurídico unitario.
- Y por último, la materia regulada: las fuentes exclusivas (por ejemplo, el reglamento), y las fuentes eventuales (por ejemplo, el decreto-ley) del Derecho administrativo.

B. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

§153. Plan — Al hablar de un Ordenamiento jurídico-administrativo se plantea el análisis de los principios siguientes: (i) el principio de autointegración; (ii) el principio de la reserva legal; y por último (iii) el principio de la jerarquía normativa.

I. PRINCIPIO DE AUTOINTEGRACIÓN

§154. Concepto — En tanto el Derecho administrativo sea el derecho común y normal de la Administración Pública, es decir, el Derecho que rige la organización, los medios y los fines de la Administración Pública, este principio del Ordenamiento jurídico-administrativo se refiere a que ese Derecho se auto-integra en busca de la solución de los problemas específicos que plantea el Derecho administrativo. Entonces, el Derecho administrativo va a dar respuestas a problemas distintos o que no son paralelos al Derecho privado, y a los cuales este no puede dar solución, ya que no tiene la valoración de los problemas de interés público.

Al hablar de la autointegración del Derecho administrativo y, por consiguiente, del Ordenamiento jurídico-administrativo se quiere significar que este es capaz de dar solución a sus problemas. El Derecho privado es supletorio, es decir, solo se aplica cuando el Derecho administrativo no sea capaz de resolver sus problemas o cuando el Derecho administrativo lo habilite a dar solución a sus problemas. En este último sentido, se observa que algunos autores sostienen que, en estos casos, no se aplica el Derecho privado sino que el Derecho privado contiene supraconceptos o supracategorías jurídicas que trascienden cualquier ciencia jurídica, y esa remisión se da solo cuando la institución o categoría jurídica forma parte de la Teoría General del Derecho.

II. PRINCIPIO DE LA RESERVA LEGAL

a. *Concepto*

§155. Planteamiento — Una técnica de distribución de competencias se conoce como las reservas mediante las cuales se establece que ciertas materias "nobles" solo pueden ser reguladas por cierta clase de normas y no por otras, sin que ello excluya que esas normas puedan ocuparse también de materias distintas.

La teoría de la reserva legal o reserva de ley fue formulada a comienzos del siglo XX por la doctrina alemana (Mayer), en el sentido de que la regulación de ciertas y determinadas materias debe provenir de normas con rango de ley formal. Existe pues reserva legal cuando un precepto constitucional exige que sea la ley que regule una determinada materia. El efecto de la reserva legal

es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en la materia reservada, según lo sostiene la doctrina española (I. De Otto).

Por tanto, con el principio de la reserva legal se quiere significar la consagración, a nivel constitucional, de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, solo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean reguladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 2338 de fecha 21 de noviembre de 2001; y Nº 1613 de fecha 17-08-2004) por lo que, en su sentido originario, coinciden completamente, el principio de la reserva legal y el principio de legalidad en sentido formal. Así las cosas, la Constitución, en su Art. 202, señala: "La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador"; por tanto, este principio constituye la exclusividad de regulación de determinadas materias que solo corresponden a determinado tipo de actos, como lo son las leyes formales.

En consecuencia, el principio de la reserva legal contiene una obligación, para el legislador, de regular en el texto de ley de que se trate, toda la materia relacionada con esta, de manera que solo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la ley en aras de su mejor ejecución.

b. *Clases*

§156. Plan — Dentro del principio de la reserva legal, la doctrina distingue entre: (i) la reserva legal absoluta; y (ii) la reserva legal relativa.

§157. Reserva legal absoluta — Con ello se refiere, la doctrina, a los supuestos donde todos los elementos de regulación de la materia deben agotarse en la ley formal, por lo cual no habrá posibilidad de que otras normas pudieran regular algunos elementos de la materia que se trata. Esta es una técnica, desde el punto de vista institucional, cuyo fin es establecer la delimitación de competencia entre el Poder legislativo y el Poder reglamentario.

§158. Reserva legal relativa — Es el caso donde la ley formal no agota la regulación de la materia reservada. En tales casos, la ley se limita a tocar la materia regulando los grandes principios y habilita a la Administración Pública para que regule detalladamente la materia, salvo en Derecho tributario, que es mucho más formal.

Así las cosas, según ha sentado la jurisprudencia (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 333 de fecha 9 de marzo de 2004), en el Derecho positivo, el principio de la reserva legal desconoce la inflexibilidad característica de algunos Orde-

namientos jurídicos, en el sentido de que si bien corresponde al Poder legislativo la función legislativa –como especie de la función normativa– acepta, el Texto Fundamental, la figura de la delegación legislativa, la cual puede revestir variadas formas: desde las habilitaciones para dictar actos de rango legal, con lo que el delegado se convierte en un auténtico legislador (caso de los órganos de gobierno); o ya para desarrollar materias reservadas a la ley, por medio de actos de inferior jerarquía, incluso a través de una ley ordinaria, siempre que: (i) la delegación no sea abierta o "en blanco"; (ii) se trate de un poder constitucionalmente disponible; y por último (iii) la delegación no se haga de manera ilimitada.

III. PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

a. *Concepto*

§159. Teoría de la pirámide jurídica — Las normas de un Ordenamiento jurídico no se encuentran en un mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores, lo que da origen a una estructura jerárquica. Por tanto, las normas están dispuestas conforme a un principio de jerarquía normativa.

El principio de la jerarquía normativa o de formación de las normas jurídicas por grados, es otro de los principios fundamentales del Derecho público que adopta la Constitución de 1999. La más significativa de las relaciones entre las normas es la llamada jerarquía normativa, esto es, la ordenación jerárquica de las diversas formas que pueden adoptar las normas. El principio de la jerarquía normativa implica, pues, una relación normativa directa que se manifiesta en términos de fuerza o eficacia normativa de una norma sobre otra. Esta teoría de la sistematización gradual del Ordenamiento jurídico en forma jerárquica (teoría de la pirámide jurídica de la Escuela Austríaca –H. Kelsen–), tiene como esencia afirmar que las normas de un Ordenamiento jurídico no se encuentran todas en un mismo plano.

§160. Consecuencia — Como efecto de la presencia de normas superiores e inferiores en un Ordenamiento jurídico, este tiene una estructura jerárquica y, por tanto, están dispuestas según un principio de la jerarquía normativa. Es pues un sistema jerárquico que iniciándose en la Constitución se extiende, por los sucesivos momentos, en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución.

La consecuencia inmediata de la ordenación jerárquica de las normas es la supeditación de las inferiores respecto de las que están por encima, de manera que una norma inferior nunca puede establecer nada que contradiga lo ordenado en otra superior.

C. CLASIFICACIÓN

§161. Criterios — Por cuanto la Constitución de 1999 no ha hecho expresa referencia a la organización del sistema de fuentes del Derecho, nos hemos de plantear el problema de decidir cuáles son, en nuestro país, las fuentes del Derecho administrativo y cuál es el valor respectivo y la respectiva influencia de cada una de ellas.

Dentro de la Teoría General del Derecho se han manejado diversos criterios para clasificar las fuentes. Ahora bien, los sistemas clasificatorios para que tengan auténtico valor y sentido deben elaborarse tomando en cuenta un determinado Ordenamiento jurídico positivo. De ahí que la determinación de las fuentes jurídicas dependerá de la concepción política de que sea parte y de los principios inspiradores de la organización del Estado. Su solución no es válida para todos los Ordenamientos jurídicos.

Así se mencionan algunas de ellas a modo indicativo: (i) fuentes escritas y no escritas; (ii) fuentes primarias y secundarias; (iii) fuentes propias y subsidiarias; (iv) fuentes reconocidas y delegadas; y por último (v) fuentes directas e indirectas

En definitiva, las normas de un Ordenamiento jurídico no se encuentran en un mismo plano, pues, repetimos, hay normas superiores y normas inferiores. En cuanto a la jerarquía de las fuentes de Ordenamiento jurídico-administrativo, es la propia LOAP la que procede a una indicación formal de la jerarquía de las fuentes, así: (i) la Constitución; (ii) las leyes; y por último (iii) los actos administrativos de carácter normativo (Art. 4, *eiusdem*).

En mérito a lo anterior, y dado el carácter jerarquizado de las fuentes del Derecho administrativo, procederemos a su análisis sobre la base del criterio del rango, esto es, la posición que ocupa la fuente del Derecho en el Ordenamiento jurídico-administrativo, así: (i) fuentes de rango constitucional; (ii) fuentes de rango legal; (iii) fuentes de rango administrativo; y por último (iv) otras fuentes.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012; Bobbio, N., "Principe generali di diritto", en *Contributi ad un dizionario giurídico*, Giappichelli, Turín, 1994; De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* 7ª Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999; García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; González Pérez, J., *El método en el derecho administrativo*, RAP, núm. 22, 1957; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Ed., UCV, Caracas, 2013; López Ruiz, F., *Fuentes del*

Derecho y ordenamientos jurídicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Mayer, O., *Derecho administrativo alemán,* T. I, trad. esp. del original francés de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1949-1951; Merk, A., *Teoría general del Derecho administrativo,* Comares, Granada, 2004.

Tema 5. Constitución

Sumario: FUENTES DE RANGO CONSTITUCIONAL: Estado de Derecho. Constitución. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: Principio de la fuerza normativa. Principio de la supremacía normativa. Principio de la eficacia directa. GARANTÍAS INSTITUCIONALES: Concepto. Clasificación.

FUENTES DE RANGO CONSTITUCIONAL

A. ESTADO DE DERECHO

§162. Estado legal de Derecho — La más perfecta formulación de la supremacía de la ley aparece tras la Revolución Francesa que lleva a proclamar al Parlamento órgano superior del Estado por su legitimidad representativa; y siendo la ley el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento, a la supremacía jurídica y política de este le corresponde la supremacía jurídica de la ley que, como expresión de la voluntad soberana del pueblo, se sitúa en la cúspide del Ordenamiento jurídico y subordina absolutamente cualquier otra fuente del Derecho.

Así, el Estado de Derecho tiende a configurarse como una Estado centrado en la ley y, por consiguiente, como una Estado legal. Este periodo se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado, lo que se conoce como Estado legal de Derecho. En tal sentido, el resultado es que la Constitución fue considerada, durante mucho tiempo, una ley como cualquier otra que no vinculaba al Poder legislativo.

§163. Estado constitucional de Derecho — El planteamiento anterior, supremacía de la ley sobre cualquier otro tipo de forma normativa, sufrirá un cambio ideológico-jurídico después de la Primera Guerra Mundial desde el momento en que se critica al Estado legal de Derecho y se reconoce a la Constitución valor y fuerza normativa, es decir, desde el momento en que la Constitución adquiere el carácter de norma jurídica. Desde este momento, en el concepto moderno, la Constitución ya no solo es una norma jurídica sino que es la norma jurídica suprema de todo el Ordenamiento jurídico y se consolida con el establecimiento de tribunales constitucionales. A partir de entonces el nuevo periodo se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por la primacía de la Constitución sobre la ley y se denomina al Estado como Estado constitucional de Derecho. Así este último no anula sino que perfecciona el Estado legal de Derecho (M. García Pelayo).

Así las cosas, la fuente suprema del Ordenamiento jurídico en el Derecho positivo viene a ser la Constitución y, por consiguiente, la Constitución es la fuente de más importancia en el Derecho administrativo venezolano. Cada capítulo de Derecho administrativo, se ha dicho, está encabezado por una norma de rango constitucional y de ahí que el Derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del Derecho constitucional de cada Estado, según el autor argentino R. Bielsa. Por tanto, desde ese punto de vista hay que comenzar afirmando que la Constitución es el fundamento, la base y la referencia constante del Derecho administrativo venezolano.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Federal y de Casación, define la Constitución en los términos siguientes: "El conjunto de normas jurídicas fundamentales que con el nombre de Constitución, organizan la vida política del Estado, el número y competencia de sus Poderes Públicos, así como la enunciación y reconocimiento de los Derechos y Garantías de los ciudadanos" (Véase Sent. de la CFC/SPA acc., de fecha 4 de diciembre de 1941, M. 1942, p. 345).

De esta definición deriva que tenga –además de un Preámbulo cuyo rango constitucional ha sido reconocido– una doble vertiente: (i) la Constitución como tal está dirigida fundamentalmente a establecer la organización o normas de organización y vida política y número de ramas del Poder Público; (ii) también la Constitución comporta la necesidad de que ella contemple otro aspecto fundamental del Estado de Derecho, como lo es el reconocimiento de los derechos y las garantías de rango constitucional (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 8 de agosto de 1989, RDP Nº 39, p. 10; y CSJ/SPA, de fecha 19 de enero de 1999; y CSJ/SC (23), de fecha 22 de enero de 2003). Por último, la definición de "carga de principios o garantías" que la sociedad legitimada aporta al edificio constitucional, fue el fundamento empleado por la jurisprudencia del TSJ/SC para definir el Preámbulo como fuente del Derecho constitucional (Véase Sentencia Nº 457 del TSJ/SC, de fecha 5 de abril de 2001, caso *Recurso de interpretación sobre extensión del período presidencial*).

B. CONSTITUCIÓN

I. NORMA JURÍDICA

§164. Concepto — El Derecho es un mandato, una orden por la que se insta a alguien a que realice una determinada conducta o se abstenga de ella. Pues bien, la norma jurídica es la expresión del mandato del Derecho, la forma o vehículo a través del cual llega al obligado la voluntad de aquél.

§165. Consagración constitucional — El carácter de la Constitución como norma jurídica viene regulado con carácter expreso en la Constitución de

1999 al precisar, en su Art. 7, lo siguiente: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del Ordenamiento jurídico." Pero la Constitución, si bien es una norma jurídica (Véase Sents. del TSJ/SC Nº 1347, de fecha 9 de noviembre de 2000; y Nº 963, de fecha 5 de junio de 2001 y Nº 1278, de fecha 17 de junio de 2005), es cualitativamente distinta de las demás por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política e informar todo el Ordenamiento jurídico; es pues, la norma jurídica fundamental y fundamentadora de todo el Ordenamiento jurídico venezolano.

Por ello la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha destacado que: "El carácter normativo de la Constitución (...) constituye "uno de los grandes avances del Derecho Público" de manera que incluso, la Jurisdicción Constitucional "sólo puede basarse en la afirmación del carácter normativo del Texto Fundamental". (Véase Sent. del TSJ/SPA Nº 1278, de fecha 17 de junio de 2005, caso *Aclaratoria de la sentencia interpretativa sobre los artículos 156, 184 y 304 de la Constitución*, RDP Nº 102, p. 56).

En conclusión, a diferencia de un sector de la doctrina que en sus comienzos afirmaron que las disposiciones constitucionales no eran normas jurídicas porque carecían de sanción, hoy día es pacífica la doctrina que considera que la Constitución es un sistema normativo jurídico completo, con valor autónomo, inmediato y directo (García De Enterría).

II. NORMA JURÍDICA FUNDAMENTAL

§166. Sentidos — La Constitución constituye no solo una norma jurídica sino que, como señala la doctrina española (Garrido Falla), es la norma jurídica fundamental (*norma normarum*), en el doble sentido siguiente: (i) como fuente de interpretación; y (ii) como fuente suprema.

Así, pues, en virtud del Art. 7 de la C al declarar que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del Ordenamiento jurídico, establece que: "Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución", se recurre de forma taxativa al carácter normativo de la Constitución, en todas sus partes y contenido, aunque se traduce en un deber de distinto signo, tanto para las personas como para las ramas y los órganos del Poder Público.

Con relación a las personas, estas tienen un deber general negativo de abstención de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la propia Constitución establezca deberes positivos. Los órganos que ejercen el Poder Público, en cambio, tienen un deber general

positivo de realizar las funciones estatales de acuerdo con la Constitución. En tal sentido, es la regla primera del Estado de Derecho que ninguna persona, ningún órgano del Poder Público puede estar autorizado para desconocer o contrariar de manera alguna la Constitución. (Véase Sent. del TSJ/SC, Nº 370, de fecha 16 de mayo de 2000).

a. *Fuente de validez*

§167. Concepto — Por cuanto el contenido de la Constitución establece el punto de arranque para el desarrollo normativo del total Ordenamiento jurídico del Estado, este ha de interpretarse precisamente de acuerdo con el sentido de la Constitución.

Lo anterior quiere significar que toda interpretación debe atribuir al resto de las normas jurídicas, cualesquiera que sea su rango, un significado que sea compatible con la Constitución y, por tanto, debe recibir la consideración de marco general dentro del cual ha de realizarse la indagación del sentido y finalidad de la totalidad de las normas del Ordenamiento jurídico, incluidas –por supuesto– las que integra el Ordenamiento jurídico-administrativo. Esto es, en nuestro caso, que todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución (García Pelayo).

b. *Fuente suprema*

§168. Concepto — La primacía de la Constitución con respecto al resto del Ordenamiento jurídico tiene rango formal, constituye el primer escalón en el Ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho administrativo y, por tanto, tiene rango y valor de super-ley, de lo cual deriva la positivización de una serie de principios proclamados por la propia Constitución y que analizaremos más adelante. Así, las notas esenciales de la Constitución son: la obligatoriedad y el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el resto del Ordenamiento jurídico.

§169. Principio de interpretación conforme a la Constitución — La protección de la Constitución y la justicia constitucional que la garantiza, exige no solo que se elimine la norma en caso de contradicción con la Constitución, sino que exige también que, de ser posible, estas se interpreten de modo que la contradicción no se produzca, de modo que la justicia constitucional solo proceda a declararla nula cuando no sea posible encontrarle, mediante la interpretación, un sentido en el que la norma resulte conforme a la Constitución.

Por tanto, la interpretación de la ley y todas las demás fuentes jurídicas que integran el Ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución, esto es, en caso de existir varias posibilidades de interpretación de la norma

se debe escoger aquella que sea conforme con la Constitución y se rechace la que sea contraria a esta (De Otto).

El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento jurídico es derivado del principio de supremacía y formulado originariamente en Alemania y en los Estados Unidos (obligación de interpretar las leyes *in harmony with the Constitution*), ha sido recogido expresamente en el Art. 334 de la C.

§170. Fuente derogatoria — Por último, frente al principio de conservación del Ordenamiento jurídico, la condición de norma jurídica suprema que se predica en la Constitución, implica atribuirle a su vez una función derogatoria de todas aquellas normas preconstitucionales que sean incompatibles con ella, de conformidad con la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria Única de la C, cuando establece, a modo de cláusula de cierre, que: "El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución".

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A. PRINCIPIO DE LA FUERZA NORMATIVA

I. CONCEPTO

§171. Imperatividad — El Derecho se propone ordenar de determinada manera las relaciones sociales, lo que solo se logra si está investido de *imperium*, si es un auténtico mandato en sentido pleno, es decir si posee imperatividad. Es por ello que, al ser la Constitución un Ordenamiento jurídico o sistema de normas, de ello deriva, a su vez, el principio de la fuerza normativa o imperatividad, en el sentido de que la Constitución debe considerarse como una norma obligatoria, es decir, con fuerza coactiva inmediata y por sí misma, que crea derechos y obligaciones directamente ejercibles y exigibles, tanto a los órganos que ejercen el Poder Público como a las personas.

En este sentido la propia Exposición de Motivos de la Constitución señala

> los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, según los cuales ella es la norma de mayor jerarquía y alcanza su vigencia a través de esa fuerza normativa o su capacidad de operar en la vida histórica de forma determinante o reguladora. Dichos principios constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional.

En conclusión, la Constitución viene a configurarse como una verdadera norma jurídica con fuerza imperativa dentro del Ordenamiento jurídico-administrativo venezolano.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

§172. Enumeración — Desde el punto de vista del que se conceptúa la Constitución como fuente del Ordenamiento jurídico-administrativo, en tanto que fuente suprema del Ordenamiento jurídico se van a derivar las consecuencias jurídicas siguientes:

- La Constitución, a pesar de ser la fuente máxima o suprema, sin embargo integra o forma parte del Ordenamiento jurídico.
- Del carácter de fuente suprema deriva que se sitúa dentro de una posición jerárquica y escalonada, por encima de todas las demás normas y actos jurídicos del Estado.
- Por cuanto la Constitución forma parte del Ordenamiento jurídico deriva la fuerza normativa o imperatividad que se extiende, tanto a su parte orgánica como a la parte dogmática. Como cualquier norma, las normas constitucionales son directamente vinculantes y, por ende, directamente aplicables (principio de la eficacia directa).

B. PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA NORMATIVA

§173. Preeminencia — Al tener la Constitución como atributo el de ser la fuente suprema del Ordenamiento jurídico, dicha preeminencia se manifiesta a través del denominado “principio de la supremacía de la Constitución” o “principio de supremacía constitucional” (Véase Sent. de la CSJ/SPS, de fecha 14 de marzo de 1962 GF. Nº 35, 1962, p. 177), en el sentido de que, sobre ella, no puede existir otra norma jurídica (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 7 de junio de 1973, GO Nº Extr. de fecha 17 de octubre de 1973, p. 7); se trata, por supuesto, de una supremacía normativa de la cual se va a derivar una clasificación de los principios constitucionales siguientes: (i) el principio de superioridad material; y (ii) el principio de superioridad formal.

§174. Principio de superioridad material — Significa que siendo la Constitución la norma fundamental o suprema del Ordenamiento jurídico, las leyes y demás actos normativos o no, subordinados a ella jerárquicamente, deben ajustarse a sus disposiciones.

§175. Principio de superioridad formal — Hace referencia a las garantías institucionales o mecanismos de defensa de la Constitución, los cuales son de dos tipos: (i) por un lado, las garantías jurisdiccionales; y (ii) por el otro,

las garantías institucionales propiamente dichas, cuyo análisis abordaremos más adelante.

C. PRINCIPIO DE LA EFICACIA DIRECTA

§176. Aplicabilidad — Finalmente, la doctrina española (De Otto) señala que uno de los problemas claves de los Ordenamientos jurídicos en los que la Constitución tiene verdadero carácter de norma es cuando se demuestra si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el Ordenamiento jurídico (eficacia directa). El principio de la eficacia directa, continúa sosteniendo la doctrina citada, no tiene nada que ver con el del carácter normativo o no de la Constitución, pues solo puede plantearse si previamente se parte de que la Constitución es una norma.

El principio de la eficacia o aplicación directa significa que el juez y, en general, todos los operadores jurídicos llamados a aplicar el Derecho habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma.

§177. Elementos — La doctrina española señala también los elementos característicos del principio de la eficacia directa de las normas constitucionales, a saber: (i) la eficacia derogatoria de las normas anteriores; (ii) la capacidad de regular por sí misma relaciones jurídicas y, en consecuencia, servir de norma para dirigir los litigios que de ellas surjan; y por último (iii) la operatividad como criterio de interpretación de las normas jurídicas (De Otto).

Y por último, debemos mencionar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncia en este mismo sentido. (Véase Sent. de TSJ/SC, Nº 332, de fecha 14 de marzo de 2001, caso *INSACA* en RDP Nº 85-88, EJV, p. 492).

GARANTÍAS INSTITUCIONALES

A. CONCEPTO

§178. Garantías institucionales — Es igualmente esencia del Estado constitucional de Derecho arbitrar los medios jurídicos idóneos para asegurar la vigencia de la Constitución, y dentro de tales medios el determinar la competencia dentro de los órganos constituidos para pronunciarse al respecto. La defensa de la Constitución es, pues, tarea permanente que la propia Constitución no ha encomendado a nadie exclusivamente pero que pesa sobre todos como condición del Ordenamiento jurídico imperante, y con más intensidad sobre los poderes instituidos del Estado.

En primer lugar es al Presidente de la República a quien corresponde hacer cumplir la Constitución y las leyes (Art. 90, ordinal 1º de la *C*), deber que no solo tiene ocasión de cumplir en la gestión administrativa y política, sino particularmente en las trascendentales decisiones de gobierno en que la defensa de la Constitución es objeto específico, como cuando le corresponde la promulgación de la ley.

Es así como la tendencia de la consideración de la Constitución, como norma verdaderamente jurídica, le dota de verdaderas garantías institucionales y jurisdiccionales. En tal sentido, el principio de la supremacía formal igualmente hace referencia a las garantías institucionales de la Constitución y significa, básicamente, la exigencia de unos trámites procedimentales especialmente rigurosos para permitir la modificación constitucional. Así, la reforma constitucional supone añadir, suprimir o cambiar una o varias normas de la Constitución, cuando ello es necesario para ajustar el texto constitucional a los cambios políticos, sociales y económicos que la realidad impone.

En este sentido, las posibilidades de modificación de la base jurídica del país son amplias y están efectivamente en manos de una pluralidad de actores políticos y sociales, como se analiza más adelante.

§179. Garantías jurisdiccionales — Finalmente, la concepción de la Constitución como norma jurídica postula también la existencia de un sistema de garantías jurisdiccionales, esto es, una justicia constitucional que en nuestro país existe a partir de la Constitución de 1914, y delineado en la propia Constitución de 1999 como un sistema mixto o integral donde coexisten diferentes métodos, para garantizar el principio de aseguramiento de la integridad de la Constitución consagrado en el Art. 334 de la C, y cuyo tratamiento le corresponde al Derecho procesal constitucional.

B. CLASIFICACIÓN

§180. Modalidades de modificación constitucional — La Constitución ha mantenido la clasificación que distingue entre la enmienda constitucional y la reforma constitucional, incorporando, a su vez, la facultad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, para ser consecuentes con la idea de que es el pueblo el legítimo depositario del Poder Constituyente originario. Esto guarda concordancia con lo establecido en la misma Constitución, que hace residir la soberanía en el pueblo quien puede ejercerla de manera directa o indirecta.

En tal sentido, el Derecho constitucional venezolano establece una serie de previsiones relativas a la forma y mecanismos a través de los cuales, las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, al distinguir entre: (i) la enmienda; (ii) la reforma; y por último (iii) el llamamiento a una Asamblea Nacional Constituyente. Es solo mediante los mencionados mecanismos y con los procesos que a través de los mismos se den, que es posible la modificación del Texto constitucional (Véase Sent. del TSJ/SC (1140), de fecha 5 de octubre de 2000, RDP Nº 84, p. 101). Estas constituyen unas garantías institucionales, porque la propia Constitución establece el mecanismo de reforma o de su propia reforma y enmienda.

§181. Enmienda constitucional — En lo que respecta al procedimiento de enmienda constitucional, se superan las limitaciones establecidas en la Constitución de 1961 que hacían complicada la consecución de resultados efectivos. En el nuevo texto constitucional se ha previsto una manera más ágil y flexible y el Art. 340 de la C procede a formular una definición de enmienda, entendida como el mecanismo que tiene por objeto "la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental," la cual a su vez tendrá rango constitucional (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de agosto de 1973, GO Nº 30183, de fecha 20 de agosto de 1973, p. 226.079).

§182. Reforma constitucional — Por su parte, el Art. 342 de la C señala que la reforma constitucional tiene por objeto: "una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional".

Ahora bien, de conformidad con el Art. 343 de la C, la iniciativa de la reforma se le atribuye: (i) a la Asamblea Nacional, por la mayoría de sus miembros; (ii) al Presidente de la República en Consejo de Ministros; y por último (iii) a los electores inscritos en el registro electoral en número no menor del quince por ciento (15%). Una vez cumplidos estos requisitos se inicia la tramitación ante la Asamblea Nacional, la cual realizará tres discusiones antes de la aprobación del proyecto para lo cual tiene un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma.

Asimismo, para la aprobación del proyecto de reforma constitucional se requiere una mayoría calificada de dos terceras partes de sus miembros. Además, de acuerdo con el Art. 344 de la C, el proyecto aprobado por la Asamblea Nacional será sometido a referendo dentro de los treinta (30) días siguientes a su sanción y bastará para su aprobación con un número mayor de votos positivos según lo establece el Art. 345 de la C.

Finalmente, el Presidente de la República estará obligado a promulgar las enmiendas y reformas constitucionales dentro de los diez (10) días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere se aplicará lo previsto en la Constitución (Art. 346 de la C).

§183. Asamblea Nacional Constituyente — Finalmente, el Art. 347 de la C consagra la Asamblea Nacional Constituyente, instrumento fundamental que garantiza la posibilidad abierta de modificar sustancialmente o "transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución", que adquiere así consagración formal expresa, y de acuerdo con el procedimiento establecido en los Arts. 348 a 350 de la C.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012; Bielsa, R., *Derecho administrativo,* T. I, Buenos Aires, La Ley, 1964; Brewer-Carías, A. R., *Derecho administrativo,* T. I, Ed. Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; Casal, J. M., *Constitución y Justicia Constitucional,* UCAB, Caracas, 2004; Chapus, R., *Droit Administratif général,* T. I, 15ª Ed. Montchrestien, París, 2001; De Laubadère, A.; Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif,* T. 1, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999; García De Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, y *La Constitución como norma y el tribunal constitucional,* Civitas, Madrid, 1981; García Pelayo, M., *Obras Completas,* Centro de Estudios Constitucionales, 3 vols., Madrid, 1991; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo,* Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* XIV Ed., UCV, Caracas, 2013; Merk, A., *Teoría general del derecho administrativo,* Comares, Granada, 2004; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo,* T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Tema 6. Ley

Sumario: FUENTES DE RANGO LEGAL: Ley. Ley administrativa. Principios. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO: Fases. Extinción. CLASIFICACIÓN: Introducción. Ley orgánica. Ley ordinaria. Ley aprobatoria de tratados. Ley habilitante. Ley de bases. Ley de armonización. DECRETO-LEY: Origen. Concepto. Clasificación

FUENTES DE RANGO LEGAL

A. LEY

§184. Planteamiento — El Art. 7 de la C distingue entre Constitución y Ordenamiento jurídico, en el sentido de que el Derecho positivo de nuestro país no se limita a la Constitución. Hay otras fuentes del Derecho, como aclara el Art. 334 de la C, que hace expresa referencia a esta idea. Además, el Ordenamiento jurídico supone una trabazón dentro del conjunto, lo que presupone unas normas ordenadas (jerarquizadas, compatibilizadas, no autonómicas) y, en definitiva, una exigencia de coherencia que el intérprete debe obedecer.

Con la expresión fuentes de rango legal o con rango de ley se alude a una tipología que está enunciada y regulada básicamente en la Constitución y, por ende, a la supremacía jerárquica que comparten por igual la ley y el decreto-ley, y que tienen una específica fuerza que se desdobla en: (i) la fuerza activa, esto es, la capacidad de innovación añadiendo nuevas reglas de Derecho; y (ii) la fuerza pasiva referida a la capacidad de resistencia o bloqueo cuyas disposiciones son indisponibles frente a las demás normas.

§185. Consagración constitucional — La atribución del nombre de ley a determinadas normas parte de la tradición del Derecho público, y se reserva a las normas dictadas con arreglo a un determinado procedimiento por el órgano de representación popular. De ahí que la expresión ley queda reservada a las normas adoptadas por un determinado órgano en una determinada forma.

Sin embargo, se observa que el término ley es usado en varias acepciones o sentidos: (i) amplísimo, como equivalente a Derecho objetivo, es decir, toda norma jurídica que integre el Ordenamiento jurídico, independientemente de la fuente; (ii) amplio, como equivalente a norma escrita, cualquiera que fuere su rango o fuente de producción; y por último (iii) restringido y no genérico, como equivalente a ley formal, que es el acto definido expresamente en el Art. 202 de la *C* cuando señala: “La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.”

Desde ese punto de vista, la Constitución solo acoge esa forma simple, pero precisa, para tipificar el concepto de ley; por tanto, el concepto ley, en nuestro Ordenamiento jurídico constitucional, es ciertamente de carácter formal –por oposición al concepto material– (Véase Sents. de la CFC/SPA, de fecha 24 de diciembre de 1940, M. 1941, p. 346; y de la CSJ/SPA, de fecha 14 de agosto de 1973, GO Nº 30183, de fecha 20 de agosto de 1973, p. 226.079) lo que implica, la norma caracterizada por tres elementos formales: (i) la emanación de un órgano dado a quien se le confiere el monopolio para dictar la ley, esto es, la Asamblea Nacional (Art. 187, num. 1 de la C); (ii) el modo de actuación, o lo que es lo mismo, en el ejercicio de la función legislativa (Art. 136 de la C); y por último (iii) el haber sido promulgada y publicada con dicha denominación (Art. 202 de la C).

Lo anterior ha sido admitido por la jurisprudencia en una antigua sentencia del Máximo Tribunal que dice lo siguiente: "La mera circunstancia de que una norma sea sancionada por las Cámaras como Cuerpos colegisladores, basta para que figure como ley dentro de nuestro Ordenamiento jurídico" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de agosto de 1973, GO Nº 30183, de fecha 20 de agosto de 1973, p. 226.079; y de la CSJ/CP, de fecha 15 de marzo de 1962).

B. LEY ADMINISTRATIVA

§186. Concepto — Dentro de las diversas normas que integran el Ordenamiento jurídico hay que diferenciar: (i) las normas cuya naturaleza pugna con su aplicación al Estado, por ejemplo, las normas del Derecho de familia; (ii) la normas que resultan perfectamente aplicables al Estado lo mismo que a los restantes sujetos, por ejemplo, las normas sobre contratos de alquiler; y por último (iii) las normas que presuponen su destinación con carácter excluyente o no, al Estado. En este último caso estamos en presencia de normas administrativas en las que lo importante no es la posibilidad de aplicación en sí, sino la destinación de la norma es lo decisivo.

En efecto, hay normas destinadas a los sujetos jurídicos en general, y otras que presuponen su afectación o destino en todo caso a una categoría de sujetos, como ocurre con el Derecho mercantil, el Derecho laboral y también el Derecho administrativo. En este último caso, las normas administrativas presuponen que en la clase de relaciones jurídicas que regula intervendrá necesariamente una categoría de sujetos denominados Administraciones Públicas, en razón de lo cual –repetimos– el Derecho administrativo es un Derecho estatutario, como lo ha denominado un sector de la doctrina española (García de Enterría).

En conclusión, una ley es considerada como administrativa cuando: (i) sus normas tienen carácter imperativo (*ius cogens*); y (ii) su ejecución aparece encomendada, precisamente, a un organismo dependiente de una Administración Pública (Garrido Falla).

C. PRINCIPIOS

§187. Plan — La articulación de normas jurídicas dentro de un Ordenamiento jurídico se lleva a cabo a través de los principios siguientes: (i) el principio de presunción de constitucionalidad; (ii) el principio de competencia; (iii) el principio de la irretroactividad; y por último (iv) el principio de publicidad.

I. PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

§188. Concepto — En el Ordenamiento jurídico existe un principio general de Derecho Público que es el denominado principio de la presunción de legitimidad de todos los actos jurídicos que tienen su origen en el ejercicio del Poder Público, cualquiera que sea su forma, y el cual ha sido positivado de modo expreso en algunos Ordenamientos jurídicos. Fuera de estos casos, existe la tesis, que es de recibo en nuestro Derecho positivo, según la cual, debido a una interpretación constitucional sistemática y unitaria de actuación de los órganos en ejercicio del Poder Público, deriva un principio conforme al cual todo acto jurídico del Poder Público se presume conforme a Derecho, se presume legalmente establecido, dictado por la autoridad competente y no contiene vicio de ilegalidad sobre la base de los argumentos tanto jurídicos –de orden formal y de orden sustancial– como prácticos.

Del principio general del Derecho público mencionado deriva también la conformidad de la ley a la Constitución, esto es, el denominado principio de presunción de constitucionalidad de la ley, que por su carácter de presunción *iuris tantum* o relativa, puede ser también desvirtuado a través de los medios o mecanismos de control de la constitucionalidad. De la misma manera, la inconformidad de la sentencia puede ser desvirtuada a través de los recursos jurisdiccionales, ordinarios o extraordinarios. Finalmente, el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos también puede desvirtuarse en el Derecho administrativo, según se analiza más adelante al tratar la teoría general del acto administrativo.

II. PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA

§189. Concepto — El principio de la competencia o de distribución de materias consiste en determinar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden incidir sobre dicha materia (López Ruiz).

En consecuencia, a través del principio de la competencia, se le asigna a ciertos órganos un poder normativo para que, por medio de determinado tipo de normas se regulen unas materias precisas y concretas, de tal manera que esas normas y esos órganos serán los únicos que podrán regular la materia que se les asigna.

III. PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD

§190. Concepto — La cuestión de si las normas pueden prever una eficacia retroactiva ha sido objeto de un largo debate doctrinal, en el que se invocan a favor de la irretroactividad las exigencias del principio de la seguridad jurídica, y contra ella razones de justicia que puedan exigir la retroactividad cuando se trata de acabar con situaciones injustas del pasado que pervivirían si las normas no tuvieran efecto retroactivo.

Ahora bien, como la vigencia de las normas jurídicas se produce desde su nacimiento o entrada en vigor, es claro que solo se aplicarán a partir de ese momento, sin que puedan, por consiguiente, producir efectos sobre hechos o situaciones anteriores. Esto es lo que se recoge en otro principio básico, el denominado principio de la irretroactividad.

§191. Consagración constitucional — El principio de la irretroactividad aparece consagrado expresamente en el Art. 24 de la C, al señalar: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena". Ahora bien, siempre se planteó el alcance que debe dársele a dicho principio. En primer lugar, hay que admitir que cuando la Constitución habla de "ninguna disposición", incluye todo tipo de normas jurídicas (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 15 de septiembre de 1996, Exp. Nº 96-18110). Por tanto, se trata de un principio general de irretroactividad absoluta, es decir, independientemente de la naturaleza de la materia regulada en la norma.

La pregunta es: ¿El principio de la irretroactividad rige solo a la ley o a los demás actos normativos? o ¿puede regir también a los actos no normativos? La jurisprudencia sostiene que la irretroactividad rige a los actos normativos y también a los actos no normativos como serían en la terminología positiva, los actos administrativos generales y particulares (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fechas 31 de julio de 1980; 5 de agosto de 1980; y 10 de abril de 1984), constituyéndose así en una garantía constitucional de irretroactividad. En consecuencia, la irretroactividad así definida por la jurisprudencia se aplica a las leyes, y también a los reglamentos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de agosto de 1988; y de la CSJ/SPA, de fecha 24 de enero de 1997) y a los actos administrativos.

IV. PRINCIPIO DE LA RESERVA LEGAL

§192. Concepto — La formulación teórica moderna de la reserva legal es obra de la doctrina alemana (Mayer). En términos generales, el principio de la reserva legal o de ley es el resultado de una atribución material primaria y expresa efectuada directamente por la Constitución. Lo expuesto significa que la regulación de determinadas materias necesariamente debe prevenir de normas que sean leyes formales. Supone que la Constitución reserva exclusivamente a la ley formal la completa regulación de una materia por lo que, en consecuencia, coinciden plenamente los principios de la reserva legal y legalidad en sentido formal.

V. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

§193. Concepto — La publicidad es necesaria para el perfeccionamiento y entrada en vigencia de los actos jurídico-públicos. El principio de publicidad hace referencia al modo en que ha de hacerse la publicación de las leyes y demás actos normativos, de modo de dejar constancia fehaciente del contenido de la norma publicada, en respeto al principio de seguridad jurídica. Se trata de una exigencia del Estado de Derecho impuesta por el principio consagrado en el Art. 2 del CC de que: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento". En virtud del principio de publicidad, la modalidad de la publicación de la ley y demás normas es un requisito esencial para su existencia como norma, para su incorporación al Ordenamiento jurídico como una verdadera norma.

En este orden de ideas, el Art. 174 de la *C* señala que la ley es vigente al publicarse en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (Véase Sent. de la SFC, de fecha 30 de enero de 1952) o desde la fecha posterior que ella misma indique (Art. 1 del CC).

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

A. FASES

§194. Consagración — El sometimiento de todas las manifestaciones de voluntad de los órganos que ejercen el Poder Público en que se traduce el Estado de Derecho, se basa en su subordinación al Ordenamiento jurídico y en su conformidad con él. De donde las normas secundarias o derivadas son Derecho en tanto se adecuen a las normas supremas que en la pirámide jurídica constituye la Constitución.

Ahora, de conformidad con la Sección Cuarta: "De la Formación de las Leyes" de la Constitución vigente, para que la voluntad legislativa se transforme en ley rectora de derechos y de obligaciones ha de respetar las etapas

esenciales siguientes: (i) la iniciativa legislativa (Art. 204 de la C); (ii) la discusión, las consultas y la sanción (Arts. 204 a 213 de la C); y finalmente (iii) la promulgación y consiguiente publicación (Art. 214 y 215 de la C).

Las mencionadas fases o etapas del procedimiento legislativo están claramente determinadas por la Constitución y solo cuando un texto con el que comienza la tramitación (proyecto de ley) ha pasado por ellas, puede decirse, con toda propiedad, que existe la ley formal en su virtud preceptiva, en su eficacia ejecutoria y en el imprescindible conocimiento que de ella han de tener todas las autoridades y personas (Véase Sent. de la CFC/SPA, de fecha 18 de marzo de 1937, M. 1938, p. 181).

I. INICIATIVA LEGISLATIVA

§195. Concepto — En el procedimiento de formación de leyes, la iniciativa legislativa para la discusión ante la Asamblea Nacional le corresponde a los órganos que menciona el Art. 204, nums. 1 al 8 de la C, así como también a los electores en un número no menor de 0,1% de los inscritos en el registro electoral permanente (num. 7).

II. DISCUSIÓN, CONSULTA Y SANCIÓN

§196. Concepto — El proyecto de ley deberá recibir dos discusiones en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en la Constitución y en los reglamentos parlamentarios respectivos (Arts. 207 y ss. de la C).

Asimismo, el Art. 211 de la C establece que durante el procedimiento de discusión se debe consultar a otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre el proyecto de ley (consulta legislativa). Finalmente, aprobado el proyecto de ley, el Presidente de la Asamblea debe declarar sancionada la ley respectiva.

III. PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN

§197. Promulgación — En primer lugar, es al Presidente de la República a quien corresponde hacer cumplir la Constitución y las leyes (Art. 90, ordinal 1º de la C), deber que no solo tiene ocasión de cumplir en la gestión administrativa y política, sino particularmente en las trascendentales decisiones de gobierno en que la defensa de la Constitución es objeto específico, como cuando le corresponde la promulgación de la ley dentro de los diez (10) días siguientes aquel en que lo haya recibido (Art. 214 de la C).

La promulgación –dice Laferriére– es el acto por el cual la autoridad, designada a este efecto por la Constitución, controla la existencia de la ley, atestiguando oficialmente que un acto, adoptado por el Parlamento, lleva

las condiciones exigidas por la Constitución para la formación de la ley y afirma, en consecuencia, que el acto que él promulga como ley es apto para recibir y recibirá efectivamente ejecución. No es sino el modo como se da a conocer el contenido de la norma a aquellos a quienes va dirigida. En razón de que el objeto de la promulgación de la ley tiene por finalidad constatar su existencia salta a la vista que el Presidente de la República tiene un poder de verificación sobre las operaciones que han llevado a su formación. Para ello es necesario que se asegure previamente de la observancia de las formalidades prescritas para su elaboración; así, constatando la existencia de la ley, constata la regularidad de su adopción.

§198. Publicación — Finalmente, hemos dicho anteriormente que la publicidad es necesaria para el perfeccionamiento y entrada en vigencia de los actos jurídico-públicos. El principio de publicidad hace referencia al modo en que ha de hacerse la publicación de las leyes y demás actos normativos, de modo de dejar constancia fehaciente del contenido de la norma publicada, con respeto al principio de seguridad jurídica, de acuerdo con la LPO.

En este orden de ideas, el Art. 215 de la *C* señala que la ley es vigente al publicarse, con el correspondiente "Cúmplase", en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (Véase Sent. de la CFC, de fecha 30 de enero de 1952). A partir de entonces existe total seguridad jurídica que la normativa legal vigente es la que se ha comunicado a través de los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aun del exterior, de cuál es el Ordenamiento jurídico vigente (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 3180, de fecha 15 de diciembre de 2004).

IV. VIGENCIA

§199. Concepto — Una de las características de la ley, generalmente aceptada, es la vigencia indefinida. La vigencia significa que el curso de formación de la ley ha concluido con la puesta en conocimiento de su contenido a las personas, autoridades e instituciones, mediante la publicación, integrándose, a partir de entonces, en el Ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la vigencia no implica siempre la eficacia, como sucede en el supuesto de la denominada *vacatio legis* que es un periodo de tiempo, específicamente decidido por el legislador, en el que la vigencia de la norma no ha comenzado.

Finalmente, mención especial merece la figura de la ultraactividad que posibilita que se siga aplicando durante cierto tiempo una o varias disposiciones de la ley derogada, pero dado el carácter excepcional requiere que sea

establecida de manera expresa (Véase Sent. del TSJ/SE (45), de fecha 17 de mayo de 2000, RDP Nº 82, p. 144).

B. EXTINCIÓN

I. CONCEPTO

§200. Fin de la vigencia — La vocación de permanencia de las leyes hace que se desplieguen los efectos que le son típicos de forma indefinida, en tanto no se produzca alguna circunstancia que el propio Ordenamiento jurídico o la misma norma repute apta para hacer cesar esa vigencia (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 418, de fecha 5 de abril de 2005).

Finalmente, el desuso, en tanto que pérdida de vigencia de una ley, como consecuencia de una constante inaplicación provocada por parte del sujeto público al que corresponda ejercitarla o imponerla, no es procedente en nuestro Derecho positivo, de modo que debe rechazarse rotundamente como modalidad de extinción de las normas de cualquier clase que sean. Por tanto, no vale alegar contra la observancia de la ley el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean (Art. 7 del CC).

II. CLASIFICACIÓN

a. *Derogación*

§201. Concepto — Entre las circunstancias a las que el Ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de determinar el fin o la pérdida de vigencia de las leyes se encuentra, como es sabido, la derogación, la cual consiste en emitir un acto jurídico (ley derogatoria) igual al anterior, en la misma forma y con las mismas características que el acto que se extingue (ley derogada). La derogación es, en cualquier caso, un acto legislativo, de suerte que solo puede producirse mediante una norma nueva en la que se declara que la anterior queda sin efecto. Lo corriente es que la norma derogatoria, además de extinguir la anterior, establezca una nueva regulación que sustituya a la que deja sin vigor, pero a veces se produce una derogación pura y simple, de modo que se limita a dejar sin efecto a la norma anterior.

§202. Consagración constitucional — Es un principio de rango constitucional mediante el cual las leyes se reforman y derogan por otras leyes (Art. 218 de la C) (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 17 de noviembre de 1983).

Asimismo, la jurisprudencia también ha sostenido que la teoría de la derogación tiene establecida una conocida distinción entre las modalidades siguientes: (i) la derogación expresa; y (ii) la derogación tácita (Véase Sent.

de la CSJ/CP, de fecha 11 de marzo de 1993, RDP Nº 53-54, p. 152; y Sent. del TSJ/SC (66), de fecha 14 de junio de 2000, RDP Nº 82, p. 143).

§203. Derogación expresa — La derogación expresa ocurre cuando expresamente el legislador declara que deroga un texto legal, lo menciona de manera expresa en el propio texto que ha sido derogado por esa ley. En este caso, la ley derogatoria debe llevar expresamente en su articulado los casos concretos de extinción parcial y singular de otros textos legales (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 16 de diciembre de 1980, RDP Nº 5, 1981, p. 88).

La derogación expresa es formal cuando concreta o menciona la ley o las disposiciones que se derogan; y es material si se limita a usar una cláusula relativa a la derogación de todas las disposiciones que se opongan a la norma nueva, con grave daño a los principios de publicidad y de certeza del Derecho o seguridad jurídica.

§204. Derogación tácita — La derogación tácita o implícita surge cuando hay incompatibilidad de las soluciones jurídicas a los supuestos de hecho y sean incompatibles esas consecuencias jurídicas a la misma materia (Véase Sent. de la CF, de fechas 13 de agosto y 17 de febrero de 1938; y CSJ/CP, de fecha 11 de marzo de 1993; y CSJ/SPA, de fecha 6 de julio de 1996). En este sentido, cuando la derogación es tácita, el operador jurídico ha de verificar la incompatibilidad entre las normas.

b. *Abrogación*

§205. Concepto — La Constitución introduce la figura de la abrogación total o parcial de la ley y del decreto con fuerza de ley, mediante el denominado referendo abrogatorio, el cual tiene idéntico efecto que la derogación, esto es, la pérdida de vigencia del texto legal si se dan los requisitos de procedencia del referendo abrogatorio contemplados en el Art. 74 de la C.

Sin embargo, el Art. 74 de la C establece que no podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público y las de amnistía, ni podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un periodo constitucional para una misma materia.

CLASIFICACIÓN

A. INTRODUCCIÓN

§206. Tipología — Si bien la ley es el género, sin embargo, la Constitución ha establecido una pluralidad o tipología de leyes especiales de origen legis-

lativo, que se pueden clasificar en tres grupos: las leyes básicas, las leyes en conexión con los Ordenamientos jurídicos estadal y municipal, y las leyes en función del ámbito territorial de aplicación.

Dentro de las leyes básicas tenemos las siguientes: (i) la ley orgánica (Art. 203 de la C); (ii) la ley ordinaria (Art. 202 de la C); (iii) la ley aprobatoria de tratados internacionales (Arts. 23, 154, 155, 129 y 236, num. 4 de la C); y por último (iv) la ley habilitante (Art. 203, parte *in fine* de la C). Dentro de las leyes en conexión con los Ordenamientos jurídicos estadal y municipal tenemos: (i) la ley de bases; y (ii) la ley de armonización.

Finalmente, desde el punto de vista de la clasificación de las leyes por lo que respecta al ámbito territorial son de tres tipos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 12 de mayo de 1965): (i) las leyes nacionales; (ii) las leyes estadales; y (iii) las leyes municipales (ordenanzas o leyes locales). Cabe destacar la prevalencia de la una sobre la otra que sostuvo la preeminencia de las leyes nacionales sobre las leyes locales (Véase Sent. de la SFC/SF, de fecha 23 de junio de 1934).

B. LEY ORGÁNICA

I. CONCEPTO

§207. Consagración constitucional — El Art. 203 de la C dispone en su encabezamiento lo siguiente: "Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes." La inclusión de la ley orgánica en nuestro Ordenamiento jurídico, como categoría normativa, nos conduce al análisis de la misma, de los requisitos (competencia, materia, procedimiento) y del rango jerárquico en nuestro sistema de fuentes.

§208. Requisitos constitucionales — La ley orgánica, por tanto, se diferencia de la ley ordinaria por un triple requisito: (i) el sustantivo o material a través del que se refiere a ciertas materias específicas; (ii) el adjetivo o formal para su sanción, reforma o derogación mediante un procedimiento legislativo calificado o reforzado y (iii) el jurisdiccional de revisión.

§209. Material — En este orden de ideas, el Art. 203 de la C dispone que determinadas materias solo pueden ser reguladas por leyes cuya aprobación y ulterior modificación o derogación se somete a requisitos especiales.

En este orden de ideas, la doctrina española alude al elemento material que ha influido en la caracterización jerárquica de la ley orgánica como lo es la relevancia cuasi-constitucional de la materia reservada a la ley orgánica como

razón de supremacía entre la Constitución y la ley ordinaria (Garrido Falla). En este último sentido se dice que la noción de ley orgánica es un concepto básicamente sustantivo en función del ámbito material sobre el cual puede operar y, por lo tanto, regido por el principio de competencia.

§210. Procedimiento legislativo reforzado — Fundamentalmente es un criterio adjetivo, al que el Art. 203 de la C somete a las leyes orgánicas, que consiste en una voluntad distinta de la que legisla en los demás casos ordinarios, esto es, se exige una mayoría calificada del voto de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional en la sesión antes de iniciarse la discusión del proyecto de ley respectivo, agregando que esta votación calificada también debe aplicarse para su modificación y derogación.

En este sentido, citamos la opinión de autorizada doctrina constitucionalista española (De Otto) según la cual la ley orgánica constituye una excepción al principio de la mayoría simple que preside el sistema democrático, pues la función que tiene encomendada tal categoría normativa en el sistema constitucional no es otra que la de regular aspectos básicos o fundamentales del orden constitucional que afectan a las personas y que, por ello, se exige en su procedimiento legislativo reforzado o agravado un cierto consenso, en nuestro caso de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional, y que se sustrae así al sistema habitual de mayorías parlamentarias simples. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en una célebre sentencia Nº 5/81 al afirmar que la Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan solo para supuestos tasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas.

§211. Garantía jurisdiccional de revisión — Finalmente, no cabe duda de la especificidad de la categoría de la ley orgánica, pues además de la fijación de unas materias específicas y un procedimiento legislativo reforzado, se consagra la implantación de un mecanismo o garantía jurisdiccional de revisión por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico (Art. 203 de la C).

II. CLASIFICACIÓN

§212. Criterios — Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el panorama es bien distinto pues a tenor de lo establecido en el Art. 203 *eiusdem*, se aparta del criterio del constituyente de 1961, puesto que para este último eran leyes orgánicas, aparte de las que denominara así la propia Constitución, aquellas que hubiesen sido investidas con tal carácter por la

mayoría absoluta de los parlamentarios, dejando a discreción del Poder Legislativo investir o no con tal carácter a determinadas leyes.

En este sentido parece más acertada la posición del constituyente de 1999, ya que fija criterios objetivos por los cuales podrá designarse una ley como orgánica. La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 537, de fecha 12 de junio de 2000, caso *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*) posteriormente ratificada en numerosos fallos, sostiene que la clasificación constitucional de las leyes orgánicas utiliza, con toda evidencia, criterios de división lógica distintos, pues las categorías obedecen a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; mientras que las otras categorías obedecen a un principio material relativo a la organicidad del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales, estableciendo claramente que son las categorías siguientes:

- *Criterio técnico-formal*: las que así denomina la propia Constitución; y las que se dicten para organizar los poderes públicos.
- *Criterio técnico-formal:* las destinadas a desarrollar los derechos constitucionales; y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

De lo anterior surge que la ley orgánica no es una categoría normativa unitaria, no hay un único ámbito material, sino una pluralidad de materias completamente heterogéneas. En todo caso, la citada jurisprudencia aclara que estos supuestos son taxativos, es decir, que solo en los casos previstos en el Art. 203 de la *C* podrá otorgársele a una ley el carácter de ley orgánica. Esta realidad constituye, sin lugar a dudas, un freno a la tendencia de investir, indiscriminadamente, a una gran cantidad de las leyes sancionadas con el carácter de orgánicas.

III. DERECHO POSITIVO

§213. Interpretación jurisprudencial — La jurisprudencia destaca, igualmente, la doctrina legal en relación con la necesidad de ajustarse las leyes, cuya naturaleza orgánica pretenda el Poder Legislativo Nacional. En este sentido, el TSJ/SC estableció una interpretación con respecto a la disposición constitucional que regula el instituto y señaló cómo, cuándo y bajo qué condiciones debe considerarse constitucional el carácter orgánico de una ley. Así, indicó que son atendibles razones de orden político-constitucional las que justifican su cumplimiento riguroso, esto es, que los requisitos establecidos por la Constitución para darle carácter orgánico a un proyecto de ley

deben necesariamente estar presentes de forma cabal (Véase Sent. del TSJ/SC (1723), de fecha 31 de julio de 2002).

En conclusión, se debe subrayar que debe darse el triple requisito para que una ley tenga el carácter de ley orgánica:

- Que el titular exclusivo y excluyente de la competencia sea la Asamblea Nacional, de acuerdo con el Art. 203 de la C.
- Que por su contenido se refiera solo a materias reservadas a dicho carácter de ley orgánica por mandato expreso del Art. 203 de la C.
- Que su aprobación, modificación o derogación se realice de acuerdo con el procedimiento legislativo reforzado establecido en el Art. 203 de la C.

§214. Decretos legislativos orgánicos — La doctrina de la jurisprudencia del TSJ/SC ha merecido una particular atención sobre la investidura del carácter "orgánico" a determinados decretos-leyes o decretos legislativos mediante la delegación expresa por parte del Poder Legislativo Nacional, a través de la Asamblea Nacional, facultando al Presidente de la República para modificar o derogar leyes orgánicas, técnica aplicada también, con cierta frecuencia, durante la vigencia de la Constitución de 1961. Un ejemplo de esto lo encontramos con la promulgación de los últimos COT y la LOTTT por vía de decretos-leyes, en aplicación de la facultad otorgada por una ley orgánica habilitante.

Al respecto, se puede afirmar la inconstitucionalidad de tal proceder por infracción del Art. 203 de la C que establece la competencia exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional y siguiendo el procedimiento legislativo debido de mayoría reforzada o cualificada.

IV. PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

a. *Concepto*

§215. Supraordenación — La posición de la ley orgánica en el sistema de las fuentes del Derecho se focaliza en torno a dos principios estructurales del Ordenamiento jurídico: el principio de la jerarquía normativa y el principio de competencia. Así, se explica la supraordenación sobre la nota de la exigencia de una mayoría calificada o reforzada para su aprobación, modificación o derogación.

Así las cosas, la ley orgánica ha sido considerada como una categoría intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, de tal manera que, dentro del sistema de fuentes del Derecho, ostenta un nivel jerárquico superior, lo que implica que una ley ordinaria no podrá derogar a aquella (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 2573, de fecha 16 de octubre de 2002). Pero también ha dicho

la jurisprudencia que para que opere este principio de jerarquía o prevalencia debe cumplir un requisito adicional que consiste en que debe tratarse de la misma materia (Véase Sent. de la CSJ/SCC, de fecha 22 de octubre de 1987).

En efecto, la doctrina venezolana ha sostenido que

> No puede afirmarse que las leyes orgánicas tengan un rango superior a todas las leyes no investidas de ese carácter, la supremacía de la ley orgánica sólo existe respecto a las leyes dictadas en materias reguladas por ella, no obstante que esas estén destinadas a regir supuestos de hecho de mayor singularidad y aunque entre en vigor después de aquella. (Lares Martínez).

En consecuencia, las leyes orgánicas desde el punto de vista de la organización jerárquica de las fuentes del Derecho, se encuentran en el escaño superior siguiente al de las leyes ordinarias dictadas en las materias reguladas por leyes orgánicas, o dicho de otra manera:

> Las leyes ordinarias que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán siempre a las normas de éstas, pues ha querido el constituyente impedir que por leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes. (Lares Martínez).

b. *Conflicto de leyes*

§216. Principio de prevalencia — El especial tratamiento que la Constitución da a la ley orgánica la sitúa, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes del Derecho, en un escalón superior a la ley ordinaria, a modo de ley con carácter cuasiconstitucional, y su primacía deriva del especial y más rígido procedimiento de elaboración que la Constitución ha establecido (Garrido Falla).

En el supuesto de un conflicto entre una ley orgánica y una ley ordinaria u otra fuente con valor y fuerza de ley que afecten a una misma materia prevalecerá la ley orgánica, de acuerdo con el principio de jerarquía o de prevalencia de las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 23 de abril de 1991 y 9 de mayo de 1991).

V. PRINCIPIO DE LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA

a. *Concepto*

§217. Consagración constitucional — En términos generales, el principio de la reserva legal o de ley es el resultado de una atribución material primaria y expresa efectuada directamente por la Constitución. Y cuando de reserva de ley orgánica se trata, la reserva cumple la función de sustraer ya no solo

al Poder Ejecutivo sino también al propio legislador ordinario, determinadas materias que el Poder constituyente considera básicas o fundamentales del Ordenamiento constitucional; y entrega su regulación al Poder legislativo mediante un procedimiento legislativo reforzado con el fin de desarrollar, concretar o integrar la Constitución.

En este orden de ideas, el Art. 203 de la C resulta claro con respecto a que el Poder constituyente ha acotado un conjunto de materias cuya regulación requiere una mayoría cualificada o reforzada, necesaria para aprobar, modificar o derogar la ley orgánica de que se trate. Por tanto, la regulación de tales materias sin ese procedimiento legislativo reforzado, esto es mediante ley ordinaria –y agregamos, incluso cualquier otra norma con valor y fuerza de ley–, sería inconstitucional, como ocurre con cualquier infracción de una reserva de ley orgánica (De Otto), en nuestro caso por infracción del Art. 203 de la C que establece la reserva de ley orgánica.

b. *Materias*

§218. Consagración constitucional — El principio de reserva de ley orgánica significa un mandato constitucional para el desarrollo normativo inmediato o la concreción de la Constitución en aquellos aspectos básicos o fundamentales del Ordenamiento constitucional que por ser complemento indispensable o necesario de la obra del Poder constituyente se quiere sustraer al sistema habitual de mayorías parlamentarias simples a través del procedimiento especial o reforzado de elaboración de las normas a las que se refieren, que en el caso es el procedimiento legislativo de mayoría cualificada o reforzada. Por tanto, la materia reservada a la ley orgánica queda sustraída por imperativo constitucional a todas las demás fuentes distintas a tal categoría normativa específica, esto es, la ley orgánica, lo que significa que el legislador ha de establecer, por sí mismo, la regulación y no puede remitirla a otras normas distintas (De Otto).

Así, pues, desde un punto de vista del Derecho positivo, lo primero que hay que decir al respecto, por obvio, es que por expresas disposiciones de la Constitución de 1999 existen materias reservadas (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 1723, de fecha 31 de julio de 2002) al instituto de la ley orgánica, de especial trascendencia, tales como: (i) las relativas al funcionamiento de los órganos de más alto rango del Poder Público: Fuerza Armada Nacional (Art. 41); los Distritos Metropolitanos (Art. 172); la Administración Pública Nacional (Art. 236, num. 20); la Procuraduría General de la República (Art. 247); el Tribunal Supremo de Justicia (Art. 262); el Poder Ciudadano (Art. 273); el Poder Electoral (Art. 292) y Consejo de Defensa de la Nación (Art. 323); (ii) la organización del territorio y la armonía interterritorial: las fronteras (Art.

15); la división político-territorial (Art. 16); la ordenación del territorio (Art. 128); la organización municipal (Art. 169); los límites a los emolumentos de los funcionarios públicos (Art. 147); (iii) la industria y finanzas públicas: y la actividad petrolera (Art. 302); el crédito público (Art. 312); la administración económica y financiera del Estado (Art. 313); (iv) el desarrollo de los derechos fundamentales: el sistema de seguridad social (Art. 86); los refugiados (Disposición Transitoria Cuarta); y (v) la protección del orden constitucional [Estados de Excepción] (Art. 338) (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 34, de fecha 26 de enero de 2004). Por tanto, las materias señaladas no pueden ser objeto de regulación por parte, ni del legislador ordinario, ni del Poder Ejecutivo a través del decreto-ley.

C. LEY ORDINARIA

I. CONCEPTO

§219. Distinción — Es el tipo de ley común que se distingue de todas las demás formas especiales que la ley reviste, bien sea por relación de su objeto o del procedimiento legislativo seguido para su aprobación.

En consecuencia, se diferencian de las demás leyes en que mientras estas están asociadas a determinadas materias o cumplen un determinado fin técnico o procedimiento legislativo reforzado, en las leyes ordinarias el Poder legislativo dispone de un amplio poder de configuración (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 1723, de fecha 31 de julio de 2002).

II. PRINCIPIO DE LA RESERVA LEGAL ORDINARIA

a. *Concepto*

§220. Consagración constitucional — El ordenamiento constitucional venezolano prevé también la figura de la reserva legal ordinaria que impide que ciertas materias puedan ser reguladas por normas que no sean emanadas del órgano deliberante del Poder Público Nacional, esto es, la Asamblea Nacional, las cuales están contenidas en las denominadas leyes formales.

En efecto, la Constitución en su Art. 202, establece lo siguiente: "La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador"; por tanto, este principio constituye la exclusividad de regulación de determinadas materias que solo corresponden a determinado tipo de actos, como es la ley ordinaria, siempre que sean distintas a las que corresponden a la reserva de ley orgánica.

Por otro lado, al no existir materias reservadas al reglamento, cualquiera puede ser regulada por la ley ordinaria en virtud del principio de expansi-

vidad de la ley, En este sentido, que el Poder legislativo no puede remitir al reglamento la regulación de las materias reservadas, es algo perfectamente claro y sobre lo que no es preciso abundar aquí, pues cuando la Constitución establece una reserva es un mandato para el legislador para que sea él quien legisle y que puede hacerlo porque el legislador no es soberano (De Otto).

Finalmente, según la jurisprudencia (Véase Sent. del TSJ/SC (340), de fecha 9 de marzo de 2004, RDP Nº 97-98, p. 219), la determinación de las materias de la reserva legal ordinaria es sencilla: bastará para ello la lectura del texto constitucional, toda vez que son enumeradas en él, y de manera principal pero no exclusiva, en los diversos numerales del Art. 156 de la C. Asimismo, cuando la Constitución dice que una materia se podrá regular solo por ley o que la ley la regulará, la obligación de regular y la prohibición de remitir a otro tipo de norma viene de que en ese caso en concreto se ha impuesto al legislador de regularla solo mediante ley formal. Las formas de remisión que atribuyen a la ley ordinaria la regulación de distintas materias son muy variadas: "sólo por ley", "la ley regulará", "mediante ley", "con arreglo a la ley", etc.

D. LEY APROBATORIA DE TRATADOS

I. CONCEPTO

§221. Consagración constitucional — Los Arts. 152 al 155 de la C, regulan la materia relativa a los tratados internacionales, tanto en lo que se refiere a los presupuestos para su otorgamiento o celebración, como en lo relativo a la ratificación; e igualmente en punto a la distinción entre el tratado como fuente de obligaciones del Estado en relación con los demás firmantes del propio tratado y la integración en el Ordenamiento jurídico de las normas contenidas en el tratado internacional.

La categoría de tratado internacional está consagrada en el Art. 187, num. 18 de la C. Ahora, los tratados internacionales son fuente del Derecho administrativo solo cuando cumplen los requisitos siguientes: (i) que hayan sido integrados por el Ordenamiento jurídico positivo; y (ii) que el tratado contenga normas de Derecho administrativo.

II. MECANISMOS DE LA RECEPCIÓN

§222. Método de integración — Por su parte, la integración al Derecho positivo del tratado internacional que contenga normas de Derecho administrativo se efectúa normalmente por dos (2) métodos o sistemas que se denominan: (i) el método de conversión o transformación; y (ii) el método de recepción directa.

§223. Método de conversión — El método o sistema de conversión o transformación es aquel por el cual, para integrar dentro del Ordenamiento jurídico positivo una fuente jurídica cualquiera, es necesario convertirla o transformarla en una fuente jurídica distinta, es decir, darle una nueva forma. De acuerdo con este método, el tratado internacional no sería una nueva fuente del Derecho, como sería por ejemplo, la nueva ley aprobatoria del Tratado internacional. En tal sentido, la Constitución consagra el régimen general de la recepción de los tratados en el Derecho interno esto es, su aprobación para que adquiera validez, cuya formación pasa por varias fases: (i) la suscripción; (ii) la aprobación mediante ley; y por último (iii) la ratificación y publicación (Véase Sent. del TSJ/SC (1393), de fecha 7 de agosto de 2001, RDP Nº 85-86/87-88, p. 65).

§224. Método de recepción directa — El método o sistema de recepción directa consiste en una excepción. Es el sistema mediante el cual el tratado internacional celebrado por el Estado entra a regir directamente, a surtir efectos de inmediato sin necesidad de ser convertido o transformado en ley, y en este caso si es fuente directa del Derecho administrativo.

En conclusión, el método de conversión o transformación en materia de tratados internacionales es la regla general en el Derecho positivo mediante la aprobación a través de leyes especiales. Por tanto, lo que rige no es el tratado internacional sino la ley aprobatoria del tratado internacional.

§225. Ley aprobatoria del tratado — De conformidad con lo dispuesto en el Art. 154 de la C, los tratados o convenios internacionales que celebre el Poder Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez en el Derecho interno. En tal sentido, para que tenga validez el tratado internacional es necesario incorporarlo a través del mecanismo de la recepción o reenvío con recepción, es decir, a la transformación del tratado internacional en Derecho interno mediante la aprobación de la correspondiente ley aprobatoria de tratados. De ese modo, su incorporación al Ordenamiento jurídico venezolano requiere, como regla general, ley especial que los apruebe.

Sin embargo, el mismo Art. 154 de la C contempla la posibilidad de recepción directa de tratados solo cuando se trate de: (i) ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República; (ii) aplicar principios expresamente reconocidos por ella; (iii) ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales; y por último (iv) ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Poder Ejecutivo Nacional.

III. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS

§226. Plan — La incorporación de los tratados internacionales al Derecho interno, plantea inmediatamente el problema de la jerarquía entre tales tratados internacionales: (i) la Constitución; y (ii) las leyes.

a. *Constitución*

§227. Principio de supremacía — En el primer caso, el de las relaciones entre la Constitución y los tratados internacionales, habiendo adquirido el tratado internacional la condición de norma de Derecho interno por el procedimiento o "método de conversión", debe estar necesariamente subordinado y conforme a la Constitución.

Así, la posición jerárquica de los tratados internacionales en nuestro Ordenamiento jurídico no ofrece duda alguna en cuanto a la subordinación a la Constitución. Por lo tanto en caso de conflicto, y es el criterio uniforme tanto por parte de la doctrina venezolana (A. Borjas, Lares Martínez, J.G. Andueza, Moles Caubet) como de la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 29 de septiembre de 1965), la Constitución goza del principio de supremacía, esto es, la primacía o prevalencia sobre los tratados internacionales.

b. *Ley*

§228. Regulación — En el segundo caso, el de las relaciones entre el tratado internacional y las leyes, y ante la ausencia de disposición constitucional que defina un orden jerárquico normativo, la doctrina venezolana ha dado las siguientes soluciones.

§229. Materias ordinarias — Existe una corriente doctrinal dominante en el sentido de considerar al tratado internacional jerárquicamente superior a la ley, sobre la base del Art. 8 del CPC y de la disposición del Art. 14 del CC respecto de la prevalencia de la ley especial sobre la general. Así, para A. Borjas los tratados o convenciones internacionales tienen el carácter de verdaderas leyes nacionales, y deben recibir aplicación preferente a las demás leyes en la materia a que se contraen, conforme lo dispone el Art. 8 del CPC, de lo cual se infiere que el rango de los tratados es intermedio entre la Constitución y la ley.

Por su parte Lares Martínez afirma que "es preciso reconocer que todos los tratados, sea cualquiera la materia regulada por ellos, tienen valor preferente sobre las leyes". En el mismo sentido se pronuncia el autor Andueza, cuando afirma que, como la norma de un tratado suele ser especial por la materia que regula, habrá que aplicar preferentemente el tratado internacional a la norma interna. Es cierto que el supuesto previsto en el Art. 8 del CPC es la aplicación de Derecho Internacional Privado, pero esta limitación no impi-

de que, por vía analógica, se haga extensiva a toda aplicación de normas de Derecho internacional.

Ahora bien, es pertinente señalar las diferencias entre una y otra; así, mientras que las leyes ordinarias pueden ser reformadas total o parcialmente por otras leyes, los tratados internacionales después de aprobados por la Asamblea Nacional no pueden ser reformados; las leyes ordinarias se derogan por otras leyes, en cambio los tratados internacionales que están sometidos a un tratamiento específico tienen sus propias formas de extinción (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de abril de 1965, GO Nº 958, Ext. del 21 de mayo de 1965).

Por lo que respecta al problema de la prelación entre las normas de los tratados internacionales y las restantes normas del Ordenamiento jurídico, no parece existir dificultad en entender que incorporadas las normas del tratado internacional al Derecho interno tienen un efecto derogatorio respecto de otras normas anteriores, pero no se sabía si ajustaban dentro del Derecho interno en el mismo lugar que la ley u otro diferente, y cuál era el sistema de relaciones entre las leyes y los tratados internacionales.

§230. **Derechos humanos** — El Art. 23 de la C establece que los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, pero solo si resultan más favorables que las normas constitucionales. No cabe duda, pues, que los tratados internacionales en esta materia son fuente directa de la Constitución.

Igual ocurre con los tratados internacionales mediante los cuales el Estado venezolano acepta transferir a organizaciones supranacionales partes del ejercicio de sus competencias, dentro de acuerdos de integración porque también, evidentemente, al suscribirse se incorporan al sistema constitucional venezolano, como se desprende del Art. 153 de la C.

En conclusión, a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos y a la transferencia de competencias del Estado venezolano a organizaciones supranacionales, se les da rango de normas constitucionales o de valor constitucional.

E. LEY HABILITANTE

I. CONCEPTO

§231. Consagración constitucional — La llamada ley habilitante o de habilitación se encuentra consagrada en el Art. 203, último aparte de la C. La razón de esta tipología, sostiene la jurisprudencia, consiste en la coparticipación del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en una técnica legislativa de carácter excepcional para otorgarle al Presidente de la República, la potestad normativa en torno a una materia o materias específicas, generalmente económica o financiera, las cuales estarán delimitadas por la ley habilitante de que se trate (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de junio de 1985; y del TSJ/SC Nº 524, de fecha 8 de junio de 2000; y Sent. de TSJ/SC (1515), de fecha 6 de diciembre de 2000, RDP Nº 84, p. 103).

II. NATURALEZA JURÍDICA

§232. Teorías — Con respecto a la habilitación legislativa se encuentran dos posiciones o teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica: (i) un sector de la doctrina sostiene que es una delegación legislativa (Lares Martínez, Pérez Luciani, Marín García y Brewer-Carías);y (ii) otro sector defiende que se trata de una autorización legislativa (Andueza y G. Fernández).

Al respecto la doctrina española sostiene que la ley habilitante es una auténtica delegación en el sentido técnico de este término; esto es, un acto dispositivo mediante el cual un sujeto, fundándose en su propia competencia para proveer acerca de un determinado objeto, atribuye a otro el poder necesario para que, a su vez, provea acerca de una determinada materia, dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en el acto de delegación (De Otto).

III. REQUISITOS

§233. Planteamiento — El fenómeno de la delegación legislativa debe observar una serie de requisitos o formalidades que tienen por objeto impedir que el Poder legislativo haga dejación de sus funciones mediante una habilitación en blanco, caso en el cual incurriría en inconstitucionalidad.

§234. Ley habilitante — El primero de los requisitos, es que la delegación legislativa ha de hacerse de manera expresa, y en concreto mediante ley de la Asamblea Legislativa, llamada en términos genéricos “ley habilitante” o “ley de habilitación”, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, con fuerza y valor de ley (Art. 203 de la C).

El presupuesto de la ley habilitante es tan solo una extraordinaria y urgente necesidad de regular alguna materia con normas con fuerza y valor de ley sin que sea posible hacerlo por los cauces ordinarios del procedimiento legislativo, por tratarse de una situación que requiera una rápida respuesta que no puede producirse por esa vía (De Otto).

Por otro lado, de conformidad con el Art. 203 de la *C*, la ley habilitante además de cumplir con el procedimiento de formación de las leyes, debe ser sancionada mediante una mayoría calificada o reforzada de las tres quintas (3/5) partes de los diputados integrantes de la Asamblea Nacional.

Finalmente, la ley habilitante pierde su vigencia por el ejercicio que de ella haga el Presidente de la República mediante la publicación del texto legal para el cual fue habilitado, o bien por el transcurso del tiempo que debe estar establecido en la ley habilitante para que sean dictados los instrumentos normativos habilitados.

§235. Ámbito material — El segundo requisito es que la delegación legislativa ha de hacerse para materia concreta, por lo que la ley habilitante ha de fijar su extensión determinándose en la ley habilitante cuál es su objeto sobre el cual se ejercerá la potestad normativa delegada.

Según la jurisprudencia, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional no existiría un límite material, a diferencia del anterior, por lo que se puede facultar al Presidente de la República para dictar –dentro de los límites de las leyes habilitantes– Decretos con fuerza de ley orgánica, ya que a su vez las leyes habilitantes son orgánicas por su naturaleza (Véase Sent. del TSJ/SC (1716), de fecha 19 de septiembre de 2001, RDP Nº 89-90/91-92, pp. 111-112).

Al respecto ratificamos, sobre la base de los argumentos expuestos con anterioridad, que según la Constitución, la delegación legislativa no podrá afectar a materias sujetas a reserva de ley orgánica, en el sentido que sería inconstitucional, como ocurre con cualquier infracción de una reserva por infracción del Art. 203 de la C que establece la reserva de ley orgánica.

§236. Plazo — Por último, la delegación legislativa está necesariamente sujeta a un límite de duración, pues está sujeta a plazo y a término, y en ningún caso podrá entenderse que se hace por tiempo indeterminado pues sería inconstitucional.

F. LEY DE BASES

I. CONCEPTO

§237. Consagración constitucional — Dentro de las leyes en conexión con el Ordenamiento jurídico estadal y municipal tenemos, en primer lugar, a la denominada ley de bases. En efecto, la Constitución al regular el reparto competencial entre las personas jurídico-públicas territoriales estableció diversas vías para la determinación de la competencia.

En este orden enumeramos las siguientes: (i) las competencias exclusivas de Poder Público Nacional –Art. 156 de la C–; (ii) las competencias exclusivas de los Estados –Art. 164 de la C–; (iii) las competencias residuales a favor de los Estados –Art. 164, num. 11 de la C–; (iv) las competencias exclusivas de los municipios –Art. 178 de la C–; y por último (v) las competencias concurrentes –Art. 165 de la C–.

Según la doctrina, lo que la Constitución persigue con ello es que tales leyes de base proporcionen legislación uniforme y de vigencia en todo la Nación para que así quede asegurado un común denominar normativo; a partir de él cada persona pública territorial podrá establecer, mediante las denominadas leyes de desarrollo, las peculiaridades que le convengan, dentro, claro está, del marco de sus competencias.

En el Derecho positivo las competencias concurrentes son aquellas que por voluntad constitucional le han sido atribuidas tanto al Estado, el cual las ejerce a través de las ramas y los órganos del Poder Público Nacional que se manifiestan en la personificación jurídica de la República, como al Poder Público estadal y Poder Público Municipal, esto es, los Estados federados y los Municipios, respectivamente.

II. ELEMENTOS

§238. Plan — De la lectura del Art. 165 de la C se colige que no existe ninguna definición conceptual de las leyes de base, sin embargo, se alude a ciertos elementos que no permite señalar cuál es su concepto, a saber:

§239. Competencias concurrentes — El punto de partida es la existencia de regulación de las materias de competencias concurrentes entre el Poder Nacional y los Estados federados. Por tanto, el ámbito material estará delimitado sustancialmente, en virtud de que únicamente podrán regular, mediante leyes de base, aquellas materias que sean competencia concurrentes del Poder Nacional y del Poder Estadal, las cuales además pueden ser objeto de regulación secundaria en las llamadas leyes de desarrollo aprobadas por los Consejos Legislativos de los Estados federados.

§240. Ámbito subjetivo — La potestad de dictar leyes de bases es una competencia exclusiva y excluyente del Poder Público Nacional, a través de la Asamblea Nacional (Art. 165 de la C). Sin embargo, un sector de la doctrina nacional defiende la posibilidad de que se dicten decretos-leyes de base.

III. FUNCIÓN

§241. Principios — El Art. 165 de la C establece que las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de base dictadas por el Poder Público Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados; asimismo, indica que esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Las leyes de base y las leyes de desarrollo están llamadas a evitar los conflictos de competencias entre los distintos entes político-territoriales, para lo cual es necesario que establezcan la determinación inequívoca de: (i) el titular legitimo para el ejercicio de la materia; (ii) la fijación del orden competencial, es decir, la determinación de qué competencias pertenecen a cada uno de los sujetos; y por último (iii) los requisitos temporales y procedimentales para el ejercicio de las competencias por parte de dichas entidades, que forman parte del bloque de la constitucionalidad (Sent. TC español 110/1983, de fecha 29 de noviembre CPC171/1983 BOE 298, de 14 de diciembre).

En conclusión, las competencias concurrentes previstas en el texto constitucional se podrán ejercer –por ejemplo– bajo la modalidad compartida cuando "los supuestos de responsabilidad sobre una materia se otorga a varios entes u órganos públicos" –Art. 87 de la C–. El caso del ejercicio indistinto será posible "cuando determinada materia o potestad corresponde de modo simultáneo y no excluyente a dos o más entes u órganos" –Arts. 185 y 165 de la C–. Y podrá ejercerse de forma coincidente, es decir aquella "cuya intervención es acumulativa e independiente" –en el supuesto del Art. 99 de la C.

G. LEY DE ARMONIZACIÓN

I. CONCEPTO

§242. Consagración constitucional — Finalmente, la ley de armonización constituye otra técnica de relación y conexión entre Ordenamientos jurídicos dentro del Ordenamiento jurídico general. Sirve a una necesidad elemental de unificación y armonización de las distintas normativas territoriales dentro de un Estado.

Es sabido que el Estado se presenta descompuesto en una pluralidad de centros o complejos de órganos que integran el Poder Público, el cual se orde-

na en tres niveles sucesivos – nacional, estadal y municipal– cuya autonomía garantiza la Constitución.

La doctrina señala que el fundamento de esta categoría está constituido por el ejercicio, en una materia concreta, de las competencias legislativas de los Estados y Municipios, que ha producido notables divergencias, causantes de perjuicios para el principio de unidad del Ordenamiento jurídico y el adecuado funcionamiento del sistema económico general.

Un caso específico lo constituye la LOACCMGPMEN, la cual tiene por finalidad regular la delimitación, el sentido y el alcance de las distintas competencias exclusivas y concurrentes de los Poderes Públicos Nacional, Estadal y Municipal, para el desarrollo eficiente de los servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas, cuyo marco normativo está constituido por la Constitución y las leyes que la desarrollan y aplican.

DECRETO-LEY

A. ORIGEN

§243. Antecedentes — Según la doctrina venezolana (Moles Caubet), el régimen constitucional de los decretos-leyes aparece por primera vez en nuestro país en la Constitución de 1945 (Arts. 162, ord. 9 y 198, ord. 3), enunciándolos dentro de los siguientes términos:

De las atribuciones comunes a ambas cámaras como Cuerpos Colegisladores (..,) artículo 73, numeral 23: Autorizar temporalmente al Presidente de la República para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica de la Nación cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran.

Texto transcrito luego en la Constitución de 1947 (Arts. 162, ord. 9 y 198, ord. 30).

Posteriormente, la Constitución de 1961 realizó ciertos cambios, variando en su Art. 190, ordinal 8º, *eiusdem* la redacción antes expuesta, al disponer:

> Son atribuciones y deberes del Presidente de la República (...) Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por una ley especial.

Finalmente, la Constitución de 1999 estableció en su Art. 236, num. 8 que: "Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República (...) Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley."

B. CONCEPTO

§244. Decreto — Dentro del Ordenamiento jurídico venezolano se consagra que los decretos son la figura jurídica por medio de la cual se revisten las decisiones emanadas del Presidente de la República, siendo estos los actos administrativos de mayor jerarquía dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de la investidura del funcionario que los profiere (Art. 15 de la LOPA).

Ahora bien, en principio, los decretos tal como lo preceptúa el Art. 15 de la LOPA están vinculados con las funciones que le son atinentes al Presidente de la República, los cuales pueden ser refrendados por él o los ministros que se relacionen con la materia a regular, o según así lo exija alguna normativa legal especial que se aplique a un caso en particular.

C. CLASIFICACIÓN

§245. Denominación — Al respecto cabe señalar que actualmente la doctrina ha discriminado el uso del término decreto-ley, destacando que el mismo no constituye una denominación uniforme, pues varía dependiendo del Ordenamiento jurídico del cual se trate, por lo que tal denominación ha variado inclusive en Francia, lugar donde dicha figura tuvo su origen, sustituyéndose el término decreto-ley por el de Ordenanzas en Materia Legislativa, luego de la entrada en vigencia de la Constitución francesa de 1958.

En tal sentido, se ha considerado necesario hacer una diferenciación en lo que concierne al término genérico de decreto-ley, permitiendo distinguir: (i) por un lado el decreto-ley con habilitación legislativa, decreto-ley delegado, decreto-ley regular o más propiamente decreto legislativo; y (ii) por el otro, el decreto-ley sin habilitación legislativa o decreto-ley de estado de excepción.

I. DECRETO-LEGISLATIVO

§246. Concepto — El decreto legislativo alude al producto o instrumento normativo que resulta de la aplicación de la ley habilitante en períodos de normalidad institucional, llamado también decreto-ley regular (Moles Caubet). Es el acto jurídico, de contenido normativo, emanado del Poder Ejecutivo Nacional, cuyas disposiciones se encuentran investidas con fuerza y valor de ley, que ha sido promulgado en virtud de la delegación legislativa conferida por la Asamblea Nacional mediante ley habilitante, en los términos preceptuados en el Art. 236, num. 8 de la C.

El decreto legislativo es, por expresa voluntad constitucional, norma con fuerza y valor de ley –nociones elaboradas especialmente por la doctrina italiana–, y goza de ello desde su perfección, esto es, desde que se publica, momento en que se agota el ejercicio de la delegación legislativa. Con el acto de publicación del texto habilitado se perfecciona el decreto legislativo y queda agotada la delegación legislativa, que no podrá ejercitarse de nuevo sin otra delegación legislativa expresa. Por tanto, las materias allí contenidas solo pueden ser reformadas o derogadas por una ley u otro decreto legislativo producto este, a su vez, de otra ley habilitante.

§247. Doctrina del *ultra vires* — La legislación delegada no puede valer más que en la medida en que, efectivamente, se ajuste al condicionamiento que contenga la previa delegación; lo que plantea el problema del *ultra vires*, esto es, el supuesto en que la legislación delegada haya ido más allá de lo que le permitía la delegación legislativa rebasando de una forma u otra los límites que ésta imponía.

Finalmente, la jurisprudencia del Máximo Tribunal ha admitido que nada impide al Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de atribuciones legislativas que le reconoce la Constitución, pues no existiría limitación en cuanto a la jerarquía del decreto-ley que adopte una ley orgánica que bien pueden modificar una ley orgánica anterior, si así lo autoriza la ley especial que dicte el Poder Legislativo (Véase Sent. de la CSJ/CP, de fecha 21 de marzo de 1988, RDP Nº 34, p. 66; y Sent. Nº 1716 del TSJ/SC, de fecha 19 de septiembre de 2001, caso *Revisión constitucional del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Espacios Acuáticos e Insulares*, RDP Nº 85-88, p. 419). Al respecto, damos aquí por reproducidos los argumentos expuestos anteriormente sobre el principio de la reserva de ley orgánica.

II. DECRETO-LEY DE ESTADO DE EXCEPCIÓN

§248. Consagración constitucional — El Art. 337 de la *C* califica expresamente como estado de excepción al periodo de anormalidad institucional, en razón de circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico que afectan gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas y que, al sobrepasar las posibilidades de atención con los mecanismos institucionales en el orden normal, ameriten la adopción de medidas político constitucionales para garantizarlas.

§249. Estados de excepción — El Art. 338 de la *C* remite a una ley orgánica regular los estados de excepción y determinar las medidas que pueden adoptarse a tales fines, la cual fue sancionada con la LOEE. En tal sentido, la LOEE consagra las diversas formas específicas de estado de excepción, así:

(i) el estado de alarma; (ii) el estado de emergencia económica; (iii) el estado de conmoción interior; y por último (iv) el estado de conmoción exterior (Arts. 8 al 14 de la LOEE).

§250. Competencia — En las circunstancias excepcionales mencionadas, corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros dictar los decretos-leyes vinculados a los estados de excepción, tal como lo disponen los Arts. 236, num. 7, 337, 338 y 339 de la *C*, los cuales deben considerarse como decretos-leyes *strictu sensu*, dado que los mismos son dictados por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, mediante mandato expreso conferido por la Constitución para regular situaciones de carácter extraordinario, sin que medie, en estos casos, la respectiva delegación legislativa de la Asamblea Nacional mediante una ley habilitante.

§251. Límites y controles — La existencia del ejercicio de la potestad legislativa en cabeza del Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante el dictado del decreto-ley de estado de excepción, es tan justificable como necesitada de rigurosos límites y controles.

En efecto, el presupuesto habilitante de la legislación de urgencia es tan solo una extraordinaria y urgente necesidad de regular unas circunstancias excepcionales con normas de rango de ley, sin que sea posible hacerlo por los cauces ordinarios, por el procedimiento legislativo, por tratarse de un real estado de excepción que requiere una rápida respuesta que no podrá producirse por esa vía en periodo de anormalidad institucional. Por tanto, la extraordinaria y urgente necesidad está sometida al requisito de que efectivamente concurra, esto es, que haya realmente necesidad y que sea extraordinaria, en el sentido de imprevisible, y urgente, en el de no encontrar remedio por los cauces ordinarios de la normalidad institucional.

§252. Medidas — Por último, de conformidad con el Art. 15 de la LOEE, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a través del decreto-ley de estado de excepción, tiene la facultad de: (i) dictar todas las medidas que estime conveniente en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o instituciones, así como las medidas de orden social, económico, político y ecológico; y (ii) declarar la restricción temporal de las garantías constitucionales, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles (Arts. 337 de la C y 7 de la LOEE).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012; Bielsa, R., *Derecho administrativo,* T. I, Buenos Aires, La Ley, 1964; Brewer-Carías, A. R., *Derecho administrativo,* T. I, Ed. Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; Casal, J. M., *Constitución y Justicia Constitucional,* UCAB, Caracas, 2004; Chapus, R., *Droit Administratif général,* T. I, Montchrestien, 15ª Ed., París, 2001; De Laubadère, A.; Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif,* T. 1, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel Derecho, Barcelona, 7ª. Reimpresión, 1999; García De Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, y *La Constitución como norma y el tribunal constitucional,* Civitas, Madrid, 1981; García Pelayo, M., *Obras Completas,* Centro de Estudios Constitucionales, 3 vols., Madrid, 1991; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo,* Vol. 1, 13ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* XIV. ed. Caracas, 2013; Merk, A., *Teoría general del derecho administrativo,* Comares, Granada, 2004; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo,* T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Tema 7. Reglamento

Sumario: FUENTES DE RANGO ADMINISTRATIVO: Reglamento. Naturaleza jurídica. Diferencias con respecto al acto administrativo. POTESTAD REGLAMENTARIA: Potestad normativa. Régimen jurídico. CLASIFICACIÓN: Origen. Materia. Vinculación con la ley. PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR DEL REGLAMENTO: Concepto. Fundamento jurídico.

FUENTES DE RANGO ADMINISTRATIVO

A. REGLAMENTO

§253. Concepto — Con carácter general, el término acto reglamentario o reglamento alude a la norma jurídica adoptada por la Administración Pública en ejercicio de una potestad reglamentaria. Esto es, el reglamento es el ejercicio de la potestad normativa por parte del Poder Ejecutivo o, más en general, por órganos del Estado o del Poder Público que no ostentan la potestad legislativa (De Otto).

Por su parte, la jurisprudencia entiende por reglamento toda declaración escrita y unilateral, creadora de reglas de derecho de aplicación general dictada por el Poder Ejecutivo con rango inferior a la ley (Véase Sent. del TSJ/SC (271), de fecha 25 de abril de 2000, RDP Nº 82, p. 413). Son las normas jurídicas adoptadas por la Administración Pública en virtud de la competencia que con carácter general le ha sido atribuida por la Constitución al Poder Ejecutivo (Art. 236, num. 10 de la *C*).

§254. Importancia — Como rasgos típicos de la caracterización actual del reglamento, cabe destacar su importancia como fuente del Ordenamiento jurídico-administrativo y del Derecho administrativo, motivada por su creciente y expansiva utilización y la amplitud de sujetos legitimados para dictarlos. Por tanto, cuando se utiliza la expresión reglamento se alude a una pluralidad de formas distintas provenientes de autoridades jerárquicamente subordinadas entre sí. En efecto, en nuestro Ordenamiento jurídico administrativo, los reglamentos son la fuente de Derecho administrativo de mayor extensión, el reglamento ha pasado a ser la parte más significativa del Ordenamiento jurídico-administrativo.

B. NATURALEZA JURÍDICA

I. CARACTERES

a. *Normatividad*

§255. Concepto — Los reglamentos son actos normativos en el sentido que contienen reglas o disposiciones de Derecho. El reglamento es una auténtica norma por la elemental razón de integrarse al Ordenamiento jurídico, estando dotado de un régimen jurídico específico que lo separa del acto administrativo.

En consecuencia, hoy en día la doctrina sostiene que los reglamentos son actos normativos, si bien de naturaleza administrativa por oposición a los actos administrativos *strictu sensu*, a quienes les estaría reservada la denominación legal de actos administrativos de "efectos particulares" o "individuales". Sin embargo, se diferencia de las normas de rango legal por su inferior valor jerárquico, que se manifiesta en el sistema de relaciones mutuas, que se puede resumir en el principio de supremacía de la ley.

Finalmente, el Art. 87 de la LOAP dispone que la función del reglamento es de desarrollo o colaboración con respecto a la ley. En este sentido sostiene la doctrina que la función del reglamento es muy amplia puesto que comprende tanto la regulación que detalla, desarrolla y complementa los preceptos legales, como aquellos que preparan la ejecución propiamente dicha disponiendo los instrumentos técnicos necesarios, por ejemplo regulando trámites u organizando un registro (De Otto).

b. *Ordinamentalidad*

§256. Concepto — La doctrina más moderna sostiene que los reglamentos desde el punto de: (i) su procedencia u origen son administrativos; (ii) pero desde el punto de vista del contenido son normas de Derecho objetivo (*norma agendi*) (García De Enterría,) y, por tanto, vienen a integrarse en el denominado "bloque de la legalidad".

El reglamento es así una fuente ordinamental, innovadora ya que, como norma jurídica, introduce la novedad en el Ordenamiento jurídico y enriquece el Derecho objetivo aportando un *aliquid* que no es ejecución aplicativa. Crean, innovan situaciones nuevas en relación con las personas, respecto a sus derechos y obligaciones.

De lo expuesto derivan una serie de consecuencias:

§257. Sub-legal — El reglamento ocupa una posición inequívocamente subordinada con respecto a la ley, norma jerárquicamente superior a él. Son

normas de carácter sub-legal, esto es, secundarias, subalternas e inferiores a la ley, pues su función es desarrollar y complementar la ley, dando origen a los reglamentos ejecutivos. Este carácter ha sido reconocido por la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 10 de mayo de 1965).

§258. Generalidad — El reglamento se caracteriza por la generalidad o atributo de impersonalidad, esto es, dirigido a un número indeterminado o indeterminable de sujetos (Véase Sent. de la CPCA de fecha 17 de octubre de 1985; y de la CSJ/SPA, de fecha 2 de noviembre de 1967). Son normas jurídicas que afectan a una pluralidad de sujetos indeterminados o indeterminables. Por tanto, el reglamento es una especie de acto normativo junto con otros actos normativos por excelencia como la ley.

II. DIFERENCIAS CON RESPECTO AL ACTO ADMINISTRATIVO

§259. Plan — ¿Es el reglamento un acto administrativo? ¿O de qué tipo o especie es? Hoy en día se concibe la distinción de los actos que emanan del Poder Ejecutivo, en atención a los criterios siguientes: naturaleza y régimen jurídico. En tal sentido, un gran sector de la doctrina alude al carácter irreductible entre las figuras institucionales del reglamento y el acto administrativo, en razón de diferencias jurídicas sustanciales siguientes: (i) la ordinamentalidad; (ii) la innovación; (iii) la permanencia; (iv) la evocación; (v) la nulidad; (vi) el procedimiento; (vii) la publicidad; (viii) la delegación; (ix) la modificabilidad; (x) la onvalidcación; (xi) la derogación; (xii) la impugnabilidad; y por último (xiii) el plazo de impugnación.

§260. Ordinamentalidad — La distinción más obvia es que el reglamento es norma porque se integra o forma parte del Ordenamiento jurídico-administrativo ya que es fuente de Derecho (Véase Sent. de la CSJ/CP, de fecha 13 de febrero de 1995); en tanto que, si bien el acto administrativo se produce en el seno del Ordenamiento jurídico-administrativo, no forma parte del mismo, es algo ordenado, producido en el seno del Ordenamiento jurídico y, por tanto, previsto como simple aplicación del mismo.

§261. Innovación — El reglamento innova (crea normas nuevas, deroga otros reglamentos, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos, etc.) el Ordenamiento jurídico; mientras que el acto administrativo se limita a aplicar el Ordenamiento jurídico a un supuesto concreto o por dicho Ordenamiento jurídico previsto (García De Enterría).

§262. Permanencia — Por otra parte, mientras que el acto administrativo –sea individual o general– se agota en su cumplimiento, se consume con este; el reglamento, por el contrario, no se agota o consume con su cumpli-

miento singular, pues sigue siendo susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos.

El reglamento es un acto abstracto dirigido a regir una infinidad de actos, no se agotan con el uso, más bien es la aplicabilidad del reglamento lo que lo fortalece; mientras que, por el contrario, los actos administrativos son consumibles.

§263. Revocación — Desde el punto de vista de su revocación, el reglamento es revocable *ad nutum*, mediante su derogación, modificación o sustitución; en tanto que al acto administrativo le afectan límites de la figura de revocación que impone la LOPA, en garantía de la teoría de los derechos adquiridos (Arts. 82 y 83 de la LOPA).

§264. Nulidad — Si un reglamento incurre en algún vicio, siempre acarreará la nulidad absoluta; mientras que el acto administrativo puede incurrir en nulidad relativa o nulidad absoluta, según sea el caso. En efecto, la ilegalidad de un reglamento implica siempre su nulidad de pleno derecho; en tanto que la ilegalidad de un acto administrativo como regla general solo implica su anulabilidad (Art. 20 de la LOPA).

§265. Procedimiento — La regulación del procedimiento administrativo de elaboración del acto administrativo y del reglamento es distinta (Arts. 47 a 66 de la LOPA) y (Art. 89 de la LOAP), respectivamente.

§266. Publicidad — Los mecanismos de publicidad son distintos: mientras que para los reglamentos es la publicación (Art. 72 de la LOPA), para el acto administrativo es la notificación administrativa o sus sucedáneos (Art. 73 de la LOPA).

§267. Delegación — La potestad reglamentaria no es susceptible de delegación (Art. 35, num. 1 de la LOAP); mientras que la potestad administrativa de dictar los actos administrativos sí, es decir, cabe la transferencia de la competencia, salvo las limitaciones legales (Art. 35, nums. 2, 3 y 4 de la LOAP).

§268. Modificabilidad — El reglamento es susceptible de ser modificado, por lo cual los interesados no pueden pretender que permanezca inmutable; nadie puede oponerse a la modificación del reglamento en la medida que este no se oponga a la ley que él desarrolla o complementa. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que los reglamentos son impersonales, permanentes, irrenunciables y modificables (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de febrero de 1985). En este último sentido, no solo la ley sino también los reglamentos son susceptibles de ser modificados.

Por lo cual se plantea, si de los reglamentos nacen derechos adquiridos. Se sostiene que el titular de la potestad reglamentaria puede ejercerla cuando a bien tenga, esto es, que los reglamentos son susceptibles de modificación en cualquier momento por cuanto no existen derechos adquiridos. Esto quiere significar que un particular no puede pretender que la situación jurídica abstracta que se deriva de una norma se mantenga en el tiempo.

§269. Convalidación — Se establece la técnica de la convalidación para los actos administrativos (Art. 81 de la LOPA), mas no para los reglamentos.

§270. Extinción — Si se trata de actos administrativos que han creado derechos, estos no son susceptibles de revocación, mientras que los reglamentos sí se pueden derogar.

De lo expuesto deriva el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos por actos administrativos, esto es, un acto administrativo no puede derogar un reglamento (Art. 13 de la LOPA). Aquí hay la prevalencia del reglamento sobre el acto administrativo, no importa la jerarquía del autor del acto administrativo.

§271. Impugnabilidad — Con respecto a los mecanismos de impugnación también procede mencionar los aspectos siguientes: (i) Vía administrativa: los reglamentos no pueden ser objeto de recursos administrativos, pues los actos jurídicos que se pueden recurrir por vía de recursos solo son los actos administrativos (Arts. 85, 94, 95, 96 y 97 de la LOPA); y (ii) Vía jurisdiccional: en materia de impugnabilidad en la vía jurisdiccional, el reglamento y el acto administrativo en general tienen cauces procesales diferentes tanto de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa como de legitimación procesal. A partir de la promulgación de la LOJCA el procedimiento es único.

§272. Plazo de impugnación — El plazo para intentar la acción contencioso-administrativa de nulidad es diferente: para los reglamentos se puede intentar en cualquier tiempo; mientras que los actos administrativos es de ciento ochenta (180) días continuos, a partir de su notificación (Art. 32, num. 1 de la LOJCA).

A pesar de las diferencias anotadas, un sector de la doctrina nacional todavía sostiene que los reglamentos son verdaderos actos administrativos, siguiendo así una clasificación legal (artículos 7 de la LOPA y 259 de la C): (i) acto administrativo general o de efectos generales; y (ii) acto administrativo individual o de efectos particulares. Esta tesis se deriva del artículo 7 de la LOPA y de la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 05 de diciembre de 1992).

POTESTAD REGLAMENTARIA

A. POTESTAD NORMATIVA

I. INTRODUCCIÓN

§273. Concepto — La potestad reglamentaria es el poder o la facultad de la Administración Pública para dictar normas jurídicas de rango administrativo o sublegal. Por tanto, potestad normativa es la potestad pública atribuida por el Ordenamiento jurídico-administrativo al Poder Ejecutivo de dictar normas jurídicas escritas subordinadas a las leyes (Art. 236, num. 10 de la *C*; y Art. 87 de la LOAP).

Si bien hoy en Venezuela se consagra constitucionalmente la potestad reglamentaria en el Art. 236, num. 10 de la C, esta no estuvo consagrada durante casi todo el siglo XIX (Constituciones de 1811, 1830, 1857, 1864, 1881, 1884 y 1891), y durante la primera parte del siglo XX lo estuvo de manera limitada.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO

§274. Plan — Para explicar el fundamento jurídico de la potestad reglamentaria existen diversos criterios, así: (i) el histórico; (ii) el material; y por último (iii) el formal o jurídico.

§275. Histórico — Con el advenimiento de la Revolución Francesa, el poder normativo del Estado se debía concentrar en el Parlamento, quien tenía así el monopolio para dictar las normas jurídicas. Así, el Parlamento concentraba todo el poder normativo, pero ante el principio de separación de poderes se atribuye al Parlamento esas funciones o poderes pero, sin embargo, quedaron en manos del Poder Ejecutivo ciertas funciones con carácter residual. Las funciones normativas que detentaba el *Princeps* pasaron al Poder ejecutivo con carácter residual y fueron rebajadas de rango para posibilitar que fuese ejecutada la ley.

§276. Material — La composición política y no técnica del Poder legislativo determinan que este no sea idóneo para la elaboración de los reglamentos, Asimismo, el Poder legislativo se ve en la imposibilidad material de que pueda preverlo todo y regular las situaciones sociales, debido al tiempo que dura el proceso de formación de las leyes.

§277. Formal o jurídico — Siempre se ha reconocido a la Administración Pública un poder normativo, es decir, la facultad de dictar normas obligatorias para todos los miembros de la colectividad o para un grupo determinado, siendo su principal manifestación la potestad reglamentaria.

En este orden de ideas, tres son las teorías jurídicas más difundidas que tratan de explicar el origen de la potestad reglamentaria: (i) la que afirma que la misma es consecuencia de la discrecionalidad de que gozan los órganos de la Administración Pública en el ejercicio de sus facultades propias; (ii) la que entiende que el Poder legislativo ha delegado en la Administración Pública tal potestad; y por último (iii) la que estima que el poder reglamentario es un "poder propio" de la Administración Pública. Esta última es la que, en concepto de SAYAGUÉS LASO, sostiene la doctrina dominante.

§278. Teoría de la potestad discrecional — Se debe a la doctrina alemana el sostener que la potestad reglamentaria del Poder ejecutivo no es otra cosa sino consecuencia de la existencia del poder discrecional del Poder ejecutivo y que es una autorregulación de sí mismo, pues debe respetarlo y someterse a ese poder discrecional. Sin embargo, esta tesis fue criticada por la doctrina y se pretendió sustituirla por la teoría de la autorización o delegación de poderes.

§279. Teoría de la autorización o delegación de poderes — Esta teoría sostiene que siendo el Poder legislativo quien detenta el monopolio de dictar normas jurídicas, solo en la medida que el Poder legislativo autorice o delegue al Poder ejecutivo, este podría dictar normas, con lo cual la potestad reglamentaria se concebiría como verdadera legislación.

§280. Teoría de los poderes propios — Finalmente, esta posición jurídica sostiene que la potestad reglamentaria ni es consecuencia del poder discrecional, ni de la teoría de la delegación, sino que es el reconocimiento del ejercicio de poderes propios del Poder ejecutivo, inherente al ejercicio de la función administrativa, es decir, de poderes que dimanan de su propia naturaleza.

Por su parte, la jurisprudencia acogería el principio de la potestad normativa originaria a favor del Poder Ejecutivo y de la delegación legislativa en el Ordenamiento jurídico vigente, al sostener que el Ejecutivo participe, en cierta medida, en la elaboración de normas, a través de diversas técnicas de delegación. La delegación, a su vez, puede revestir variadas formas, dependiendo de la voluntad constitucional: desde las habilitaciones para dictar actos de rango legal, con lo que el Ejecutivo se convierte en un auténtico legislador, o para desarrollar materias reservadas a la ley, por medios de actos de inferior jerarquía, siempre que se sujete a determinados parámetros (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 12 de junio de 2003).

En consecuencia, solo el Presidente de la República detenta la potestad reglamentaria originaria a través de decretos reglamentarios; los demás funcionarios públicos la detentan solo cuando exista una ley que les confiera la

potestad reglamentaria expresamente, la medida y la finalidad de la misma; nos encontramos, entonces, ante la viabilidad jurídica, es decir, cuando una ley autoriza a los ministros y otras autoridades administrativas a dictar reglamentos a través de resoluciones y providencias reglamentarias.

B. RÉGIMEN JURÍDICO

§281. Plan — Dos aspectos sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria hemos de referir en cuanto a su tratamiento; así: (i) el referido a su titularidad y (ii) los requisitos conforme a la ley.

I. TITULARIDAD

a. *Presidente de la República*

§282. Consagración constitucional — La titularidad de la potestad reglamentaria constituye la determinación de los órganos o entes con competencia para dictar reglamentos. En este sentido, cabe hablar de una competencia originaria a favor del Poder Ejecutivo, que se concreta en el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, según establece el Art. 236, num. 10 y aparte *in fine* de la *C,* y Art. 87 de la LOAP. El titular de la potestad reglamentaria con carácter general es el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución y las leyes.

b. *Ministros*

§283. Potestad reglamentaria de Derecho común — En principio, los Ministros no tienen potestad reglamentaria general según los términos de la Constitución vigente. Sin embargo, es innegable que ellos ejercen un cierto poder reglamentario interno de su servicio del cual jamás se ha cuestionado su legalidad y que corresponde, normalmente, a cualquier jefe de servicio administrativo, y es calificada como materia organizativa o doméstica (De Laubadère).

c. *Otras autoridades administrativas*

§284. Potestad reglamentaria delegada — El problema que se plantea es si además de lo expuesto con anterioridad, la potestad reglamentaria se le confiera a otros entes y órganos que conforman la Administración Pública. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia que, no obstante la falta de consagración expresa, no se permite afirmar que la única autoridad que pueda dictar reglamentos en nuestro país sea el Presidente de la República en Consejo de Ministros, pues la potestad que el legislador tiene para autorizar a la Administración Pública para que dicte actos normativos, se fundamenta en el propio ejercicio de la función legislativa establecida en la Constitución.

§285. Consagración legal — Finalmente, en cuanto a la titularidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia reconoce su ejercicio no solo a favor del Presidente de la República en Consejo de Ministros como lo indica el Art. 87 de la LOAP, sino que establece que esta podrá ser ejercida por los ministros o institutos autónomos cuando así esté prevista en la ley, al afirmar que una ley puede conferir a un ministerio o a un ente institucional la potestad de dictar un determinado reglamento, sin que para ello se requiera la delegación por parte del jefe del Ejecutivo nacional. Lo importante y sustancial se encuentra en que la ley cumpla formal y materialmente con la asignación al ente u órgano administrativo, el campo que se pretenda regular (Véase Sent. Nº 1422 del TSJ/SC, de fecha 30 de junio de 2005).

II. REQUISITOS

§286. Plan — En términos generales, el reglamento tiene por finalidad la ejecución de la ley mediante la función de desarrollar, complementar, pormenorizar o aplicar en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia establecida en la ley. En tal sentido, los requisitos son: (i) los materiales; y (ii) los formales.

a. *Materiales*

§287. Materia reglamentaria — El reglamento debe recaer sobre una materia lícita, determinada o determinable, esto es, sobre materia reglamentaria, en cuanto las materias no administrativas no están libremente abiertas al reglamento.

Ahora, la determinación de la materia reglamentaria se desprende del análisis de los principios de la supremacía de la ley y el de la reserva legal.

§288. Principio de la supremacía de la ley — El principio de supremacía de la ley se basa en el origen de su legitimidad, ya que la ley emana de la voluntad directa de la representación popular, mientras que el reglamento es manifestación de la voluntad de una organización instrumental, la Administración Pública, en razón de lo cual la potestad reglamentaria está sometida a diversas limitaciones (Véase Sent. del TSJ/SC (1447), de fecha 3 de junio de 2003, RDP Nº 93-94/95-96, p. 387).

La supremacía de la ley y las demás normas con fuerza y valor de ley se manifiestan, a su vez, en los principios reguladores siguientes:

- El principio de jerarquía normativa, según el cual el reglamento desarrolla y complementa la ley, pero no puede derogarla, contradecirla, suprimirla, limitarla, suspenderla o excluirla. Mientras que la ley sí puede hacer todas esas atribuciones con el reglamento.

- El principio de expansividad del ámbito de la ley, en cuya virtud cualquier materia es susceptible de ser regulada por ella, no existiendo, al contrario, materias reservadas al reglamento o sistema de la llamada "reserva reglamentaria".

§289. Principio de la irretroactividad — Este principio alude a la irretroactividad en el sentido, por lo menos, de que no puede someterse la entrada en vigencia del reglamento más allá de la ley con la que enlaza y desarrolla (Art. 24 de la C). La jurisprudencia afirma que es un derecho de rango constitucional y fundamental y que no solo se predica en las leyes, sino en los reglamentos y de los actos administrativos.

§290. Principio de la reserva legal: consecuencias — El otro dato configurador de las relaciones entre la ley y el reglamento es la existencia del principio de la reserva legal que determina la imposibilidad jurídica de que el reglamento pueda regular las materias incluidas en ella, atribuyendo así una suerte de monopolio jurídico que acota negativamente la regulación reglamentaria.

Por virtud del principio de la reserva legal se derivan las consecuencias siguientes:

- El reglamento no puede contrariar el espíritu, propósito o razón de la ley (Art. 236, num. 10 de la C) (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 20 de octubre de 1983).
- Ahora bien, si se acoge la tesis de que el reglamento no debe contrariar la ley sino ser conforme a la ley, el reglamento sería una mera reproducción de lo que establezca la ley. Al respecto se sostiene que es suficiente con que el reglamento no contraríe, y que debe no existir contrariedad y además ser conforme a la ley.
- En este sentido, la jurisprudencia ratifica la tesis de la no contrariedad: y se ha aceptado que los reglamentos pueden contener alguna formalidad o requisito no previsto en la ley, pero solo si es necesario para el desarrollo o ejecución de la misma. Por tanto, se le permite al reglamento una normativa complementaria o de desarrollo, pues no puede consistir en una reproducción bien exacta de la ley que es objeto de desarrollo por parte del reglamento (Véase Sents. de la CSJ/CP, de fecha 10 de mayo de 1965; y de la CSJ/CP, de fecha 14 de mayo de 1981).
- El reglamento no puede regular materias objeto de la reserva legal (Art. 87 de la LOAP). Sin embargo, la jurisprudencia acoge la posibilidad de reglamentos en materia de la reserva legal en tanto en cuanto la normativa complementaria y de desarrollo no suponga una alteración de la reserva misma a favor del legislador en los términos señalados más arriba (Véase Sent. del TSJ/SC, de fecha 21 de noviembre de 2001).
- El reglamento no puede exceder, reparar deficiencias o regular cuestiones ajenas a la ley que está desarrollando, ni establecer excepciones ni exoneraciones (Véase Sents. de la CF, de fecha 24 de septiembre de 1958; y de la CPCA, de fechas 28 de septiembre de 1993 y 22 de marzo de 1994).

- Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, el reglamento no podrá tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público (Arts. 88 de la LOAP y 10 de la LOPA).
- El reglamento no podrá establecer excepciones no contemplados en la ley que desarrolla (Art. 10 de la *LOPA*) (Véase Sent. de la *CF*, de fecha, 04 de junio de 1952; y de la *CPCA*, de fecha 02 de marzo de 1994).
- El reglamento no puede establecer limitaciones a los derechos y garantías constitucionales, ya que estos son materia de la reserva legal (Véase Sent. de la CSJ/CP, de fechas 14 de marzo de 1988, 17 de noviembre de 1986 y 1 de junio de 1994).

Por tanto, el reglamento no podrá regular materias objeto de reserva de ley; no podrá infringir normas con dicho rango (decreto-ley); no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones (Véase Sent. del TSJ/SPA (1237), de fecha 30 de mayo de 2000, RDP Nº 82, p. 246; y Sent. del TSJ/SPA (1857), de fecha 14 de agosto de 2001, RDP Nº 85-86/87-88, p. 179) así como tributos (Véase Sent. del TSJ/SC (2166), de fecha 14 de septiembre de 2004, *RDP* Nº 99-100, p. 187), cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley (Art. 87, único aparte de la LOAP), no podrá regular cuestiones que, por su naturaleza, pertenezcan al campo jurídico-privado; y por último no puede ir contra los principios generales del Derecho.

b. *Formales*

§291. Competencia — El reglamento solo debe emanar de aquellos órganos a quienes el Ordenamiento jurídico les ha reconocido expresamente la titularidad del ejercicio de la potestad reglamentaria (Art. 239, num. 10 de la C), y solo puede referirse a la materia competencia del órgano que lo dicta.

§292. Forma — En principio, el reglamento debe revestir la forma de decreto, que son las decisiones de mayor jerarquía dictadas por el Presidente de la República, de conformidad con el Art. 8 de la LPO, en concordancia con el Art. 15 de la LOPA. Son los denominados decretos reglamentarios.

§293. Procedimiento — El Ordenamiento jurídico-administrativo establece un procedimiento *a quo* para elaborar los reglamentos. En efecto, si bien la LOPA no estableció ningún procedimiento *ad hoc*, sin embargo, posteriormente el Art. 89 de la LOAP estableció los lineamientos para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, haciendo énfasis en los mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos durante el ejercicio de la potestad

normativa por parte de las personas (Art. 236, num. 10 de la C; y Arts. 88, 89 y 90 de la LOAP).

Finalmente, LOAP también hace referencia a la potestad reglamentaria de los órganos o entes con competencia en determinadas materias cuyo ejercicio amerita de la regulación normativa de los sectores que tienen asignados (Art. 136, *eiusdem*) conforme a las fases siguientes:

§294. Iniciación — La iniciación se lleva a cabo por el ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del correspondiente proyecto al que se acompañará un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

§295. Elaboración — Durante el procedimiento de elaboración del reglamento deberán recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del texto.

§296. Consulta pública — Una vez elaborado el texto se someterá a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la LOAP. Durante el proceso de consulta las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, podrán presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del reglamento, las cuales deberán ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del reglamento.

§297. Aprobación — El reglamento es aprobado por el Presidente en Consejo de Ministros y entra en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial, salvo que el reglamento disponga otra cosa.

§298. Publicidad — El Art. 72 de la LOPA establece el régimen de los actos generales (*rectius*: reglamentos) con respecto a la publicidad; en tal sentido los reglamentos deberán ser publicados en la Gaceta Oficial según sea la autoridad que dicte el reglamento. Si se trata de reglamentos internos, debe publicarse en un medio idóneo.

Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional deberá aprobar el o los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación (Art. 90 de la LOAP).

§299. Jerarquía normativa — Finalmente, el reglamento es una norma subordinada o sublegal, por tanto debe respetar las normas de jerarquía superior

como la Constitución, la ley, el decreto-ley, y también el reglamento dictado por autoridad de mayor jerarquía.

En conclusión, cuando el reglamento no respeta los referidos requisitos se origina el control jurisdiccional que comporta: (i) el respeto de los requisitos tanto materiales como formales establecidos; y (ii) la nulidad absoluta del reglamento que se trate.

CLASIFICACIÓN

A. ORIGEN

§300. Titularidad — Desde el punto de vista del origen, del sujeto o autoridad que los dicta, no todos los órganos de la Administración Pública están investidos de la potestad reglamentaria, sino solo unos órganos concretos y determinados en los cuales se ha localizado específicamente dicha potestad reglamentaria. Los reglamentos pueden pertenecer a distintos titulares de la Administración Pública en sus diferentes niveles. (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de marzo de 1973).

En tal sentido, en función de los órganos, el reglamento puede ser: (i) nacional; (ii) estadal; (iii) municipal; y por último (iv) institucional.

B. MATERIA

§301. Distinción — La doctrina austríaca (Merkl) distinguió sobre la base de la materia de que se ocupe el reglamento entre: (i) el reglamento administrativo o de organización; y (ii) el reglamento jurídico o normativo. Esta distinción surge de la tesis predominante de este país de que siendo monopolio del Parlamento la potestad normativa, entonces era el Parlamento quien solo podía dictar normas jurídicas o reglas de Derecho.

§302. Reglamento jurídico — El reglamento jurídico es aquel que tiene por objeto crear un Derecho nuevo o modificar el Derecho existente en cuanto a los derechos y deberes de las personas. Es el reglamento relacional externo (*ad extra*) o de policía.

§303. Reglamento administrativo — Por su parte, el reglamento administrativo, orgánico o de organización es el que se dicta en ejercicio de la potestad de organización, o en virtud de las relaciones especiales de sujeción distinta de la común o general. No tiene trascendencia a la colectividad y sus efectos van a quedar dentro del ámbito interno de la Administración Pública, y como no derivan consecuencias no debe ser reglamento jurídico.

Sin embargo, hoy en día, también, todos los reglamentos orgánicos son jurídicos y tienen consecuencias jurídicas, aun aquellos dirigidos al ámbito interno de la Administración Pública, ya que su contenido es de naturaleza organizativa pero también son de naturaleza jurídica.

C. VINCULACIÓN CON LA LEY

La distinción de reglamento ejecutivo-reglamento autónomo e independiente se debe a la doctrina alemana (Von Stein) para explicar las formas de relación con las leyes.

§304. Reglamento ejecutivo — El reglamento ejecutivo o de ejecución de ley o *secundum legem*, tiene por finalidad el desarrollo o cumplimiento de una ley previa o preexistente. Es un reglamento que desarrolla una ley previa, tiene por función completar, desarrollar, pormenorizar, aplicar, cumplimentar o ejecutar una ley formal. El desarrollo puede ser parcial o total. Su objeto es, pues, establecer los detalles que exige la ejecución de una ley.

El reglamento ejecutivo es el primer tipo de reglamento y el más frecuente, y se adoptó por vez primera en la Constitución de 1893. Sin embargo, su ejercicio solo procedía si la propia ley así lo establecía (Art. 76, ord. 18 *eiusdem*), con lo que quedaba claro que, en el resto de los casos, existía la absoluta prohibición de reglamentación. El Poder legislativo, por tanto, tenía pleno poder para decidir cuáles leyes podían ser reglamentadas y cuáles no, bastando su silencio para impedirlo. Idénticas previsiones se hicieron en las tres Constituciones que le siguieron (1901, 1904 y 1909, e incluso se mantuvo en el Estatuto Provisorio de 1914).

Pero no fue sino a partir de la Constitución de 1914 –y los textos constitucionales posteriores– cuando se consagró la potestad del Presidente de la República para reglamentar las leyes, con carácter genérico y sin necesidad de autorización expresa, afirmando un poder reglamentario permanente. Además, a la fórmula según la cual ha de cuidarse que el reglamento "no alteren el espíritu y razón de la ley reglamentada", la Constitución de 1914 le añade que tampoco podría alterarse su "*propósito*" (Art. 78, ord. 8º), novedad susceptible de tener importantes consecuencias jurídicas. A partir de entonces, las sucesivas Constituciones han repetido la fórmula, casi sin variantes, hasta llegar a la del año 1999 (Art. 236, num. 10).

§305. Reglamento autónomo — El reglamento autónomo, independiente o *praeter legem*, que no ejecuta directa e inmediatamente una ley, alude a la autonomía en cuanto que la ley es solo el límite del mismo en el contenido y no su predeterminación. Esta modalidad de reglamento no tiene por fun-

ción el desarrollo de normas legales previas en la materia de que se trate, sino que regula materias de las que no se ha ocupado el legislador o de las que se ha ocupado de manera fragmentaria. Asimismo, se le define como el reglamento que es dictado por la Administración Pública sin sujeción a la existencia previa de una ley, y por necesidades de la organización interna de la propia Administración Pública.

La jurisprudencia ratifica la distinción de los reglamentos ejecutivos y los autónomos en función de que exista o no una ley previa, así: (i) reglamento ejecutivo: si existe la ley previa; y (ii) reglamento autónomo: cuando no existe la ley previa y el reglamento viene a regular por primera vez una materia determinada. (Véase Sent. de la CSJ/CP, de fecha 25 de septiembre de 1990)

Finalmente, la jurisprudencia también admite su existencia (Véase Sents. Nº 1216 del TSJ/SPA, de fecha 26 de junio de 2001, en RAP Nº 85-86/87-88, 2001, EJV, p. 241; y Sent. Nº 1447 del TSJ/SC, de fecha 3 de junio de 2003, en RAP, Nº 93-94/95-96, enero-diciembre 2003, EJV, Caracas, p. 387), pero solo predicable en áreas que no sean de la reserva legal o en aquellas que no hayan sido objeto de regulación, y por necesidades internas de la propia Administración Pública (Véase Sent. Nº 1216 del TSJ/SPA, de fecha 26 de junio de 2001, en RAP, Nº 85-86/87-88, enero-diciembre, 2001, EJV, Caracas, p. 244).

PRINCIPIO DE LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DEL REGLAMENTO

A. CONCEPTO

§306. Consagración legal — Ningún acto administrativo podrá vulnerar lo establecido en normas de carácter general (Art. 13 de la LOPA). Estamos en presencia del principio *legem paterequam fecisti* (prohibición de borrar lo que tú has hecho), de allí que la Administración Pública no puede desconocer, para un caso concreto, lo que ha establecido con carácter general, lo que constituye una técnica protectora de la eficacia del reglamento.

La jurisprudencia venezolana ha reconocido este principio como principio general del Derecho (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 12 de diciembre de 1983; y Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 24 de abril de 1989; y de la CSJ/SPA, Especial Tributaria, de fecha 14 de agosto de 1990).

B. FUNDAMENTO JURÍDICO

§307. Plan — Se han propuesto varias teorías para explicar el mencionado principio de la inderogabilidad singular del reglamento, así: (i) la teoría de

los derechos adquiridos: (ii) la teoría de la prohibición implícita de privilegios (iii) la teoría de la igualdad; y por último (iv) la teoría de la norma objetiva.

§308. Teoría de los derechos adquiridos —Esta teoría no ha sido recibida pues comporta una debilidad, ya que los actos de carácter general no crean derechos adquiridos, solo en la medida que lo establezca la excepción de la normativa general se puede particularizar a través del acto normativo.

§309. Teoría de la prohibición implícita de los privilegios — Si una norma regula un supuesto de hecho de manera abstracta, objetiva e impersonal, y la Administración Pública pretende dar solución distinta para un caso concreto, en función de carácter genérico del reglamento caería en el tratamiento desigual, discriminatorio y daría, de manera ilegal, un trato preferente a un supuesto concreto.

§310. Teoría de la igualdad — La tesis en que es conteste la mayoría de la doctrina sostiene que el principio de la inderogabilidad singular del reglamento se fundamentaría en el principio de igualdad ante la ley, en razón de si la regla o norma de Derecho establece las consecuencias para un supuesto de hecho en concreto, no podría la Administración Pública establecer un trato discriminatorio o excepcional sin incurrir en inconstitucionalidad.

§311. Teoría de la norma objetiva — Al ser, el reglamento, una norma objetiva forma parte del denominado "bloque de la legalidad", que vincula necesariamente a la Administración Pública; de modo que el acto administrativo que infrinja el reglamento es ilegal por infringir el Ordenamiento jurídico-administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas; De Laubadère, A. Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif,* T. I, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999; García De EnterrÍa, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Merk, A., *Teoría general del derecho administrativo,* Comares, Granada, 2004; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo,* T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Tema 8. Principio General del Derecho

Sumario: TEORÍA GENERAL DEL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO: Origen. Régimen jurídico. Justiciabilidad. JURISPRUDENCIA: Concepto. Naturaleza jurídica. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO: Concepto. Naturaleza jurídica.

TEORÍA DEL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

A. ORIGEN

§312. Planteamiento — La recepción y aplicación de los principios generales del Derecho en el ámbito del Derecho administrativo plantea un conjunto de problemas que tienen, a la vez, un indudable interés teórico y práctico. En efecto, la especificidad de un Derecho administrativo no codificado, con una legislación contingente y ocasional, de normas parciales y fugaces, y en constante proceso de adaptación de sus estructuras fundamentales a los problemas que plantea la intervención, cada vez más importante, del Estado, a través de soluciones no legisladas positivamente, ha contado con el hallazgo o descubrimiento de nuevos principios generales del Derecho, a los que se les hubo asignado el carácter de fuente del Ordenamiento jurídico.

§313. Origen — La primera mención jurisprudencial a los principios generales del Derecho en el ámbito del Derecho administrativo, nos recuerda la doctrina francesa (R. Chapus), se hizo el mismo día en que se dictó el fallo *Blanco*, y en ese sentido el Tribunal de Conflictos francés sostuvo que es "conciliándolos con los principios generales del Derecho" que los textos especiales que regulan la Administración Pública deben ser interpretados y aplicados (Véase TC francés, de fecha 8 de febrero de 1873, fallo *Dugave etr Bransiet*, Rec., 1er. suppl., p. 70, cit. por Chapus).

§314. Concepto — El esfuerzo que hace la doctrina para profundizar el sentido y significado de los principios generales del Derecho comienza por señalar que dicho concepto está compuesto por los términos siguientes: (i) principios; (ii) generales; y (iii) del Derecho, que la doctrina francesa (F. Moderne) procede a analizar de la manera siguiente:

En primer lugar, nos recuerda que la etimología (del latín *principum*) enseña que el término principios se refiere a un origen, una causa principal, una matriz de donde se desprenden reglas y comportamientos, pero que el lenguaje jurídico manifiesta profusamente que los principios son analizados más bien como consecuencias, resultados que se extraen ya sea de textos de Derecho positivo, de decisiones de justicia o de la doctrina que les da su

configuración y les asigna un rango en el Ordenamiento jurídico. Que los historiadores han mostrado, en síntesis, que en Derecho romano los principios no eran siempre elementos *a priori* de un sistema jurídico, sino una especie de recapitulación sintética del Derecho existente.

En segundo lugar, señala que los principios son calificados de generales, sin que esté claramente precisado a partir de qué grado de generalidad merece la denominación de principio general, y citando a Bobbio recuerda que la generalidad del principio es bien relativa, en la medida que hay muchas formas de concebir la generalidad de un principio: a nivel de una institución, de una materia, de una rama del Derecho o del Ordenamiento jurídico entero. Y que no es raro, por lo demás, que el término general sea omitido en la presentación de los principio del Derecho, sin que el análisis sea por esto alterado, como sucede con la importante obra de la autora española M. Beladiez Rojo.

Por último, la expresión del Derecho enuncia una relación de pertenencia, de los principios que se pueden encontrar en el Derecho, que forman parte del Derecho en tanto que enunciados jurídicos. Por tanto, permite insertar los principios en el cuerpo mismo del Derecho y evitar así situarlos al exterior del Derecho, como principios meta-jurídicos o ajurídicos (por ejemplo, los de carácter moral, político, sociológico, etc.).

B. RÉGIMEN JURÍDICO

I. CONCEPTO

§315. Fuente jurídica — El Derecho es algo más que un conglomerado de normas jurídicas. De ahí que el empleo del concepto de Ordenamiento jurídico por la Constitución y algunas leyes comporta el reconocimiento de una normatividad que no se limita a las disposiciones escritas.

En efecto, los principios generales del Derecho constituyen la base del Ordenamiento jurídico, "la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica"; son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación. Parece evidente, entonces, que si los principios generales son el fundamento del Derecho, son Derecho (Beladiez Rojo).

II. NATURALEZA JURÍDICA

§316. Especificidad — El principal problema que ha enfrentado el estudio de la naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho ha sido el

de precisar si son normas jurídicas o si, por el contrario, principio general del Derecho y norma son fenómenos jurídicos diferentes.

Al respecto, la doctrina considera que los principios generales del Derecho (se les otorgue o no carácter normativo) se caracterizan por ser un tipo de prescripción jurídica con una estructura peculiar: no son una proposición jurídica y por tal su incumplimiento no puede ser otro que el establecido con carácter general para los actos que infrinjan el Ordenamiento jurídico: la invalidez (Beladiez Rojo).

III. FUNCIÓN JURÍDICA

§317. Diversidad — La teoría de los principios generales del Derecho cumple funciones jurídicas distintas. En efecto, más allá de resolver los problemas de aplicación supletoria de las leyes, en caso de lagunas legales, que fue inicialmente a lo que se reducía la teoría de la construcción civilista, se enriquecerá con la nueva perspectiva que proporciona el constitucionalismo, cuando entiende a los principios generales del Derecho como fundamentos del Ordenamiento jurídico y orientadores de la labor interpretativa.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha señalado que no obstante que en las reglas de interpretación de las normas que establece el Art. 4 del CC, los principios generales del Derecho se encuentran en último lugar, sin embargo, estos están sobre los otros métodos de interpretación, ya que son los principios inspiradores del Ordenamiento jurídico, y por tanto la naturaleza de los principios generales del Derecho tiene una triple función:

§318. Función fundamentador — Los principios generales del Derecho constituyen, en sentido ontológico, el fundamento (causa y base) del Ordenamiento jurídico, porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido (J.C. Cassagne).

§319. Función informadora o de orientación — Los principios generales del Derecho en materia de interpretación, funcionan como orientadores e informadores del Ordenamiento jurídico, a través de su interpretación, de forma que entre los diversos sentidos de una disposición debe aplicarse aquel que se acomode con mayor vigor a un principio general del Derecho.

§320. Función supletoria o integradora — La integridad del Ordenamiento jurídico es otro elemento de la racionalidad formal del Derecho al que los principios generales del Derecho le prestan un gran servicio.

La utilización funcional de los principios generales del Derecho para llenar las lagunas legales virtuales de un Ordenamiento jurídico ha sido destacada

y defendida por la doctrina, en el sentido que favorecen la coherencia –y por eso mismo la inteligibilidad– del conjunto del sistema jurídico (Moderne). En efecto, ellos cumplen la función de integración del Ordenamiento jurídico ante supuestos de insuficiencia o laguna legal o de la ley (Véase Sents. de la CSJ/CP, de fecha 14 de marzo de 1988; y de la CPCA, de fecha 13 de diciembre de 1984), y en dicho caso es cuando realiza el juego de integración que les asigna el Art. 4 del CC.

§321. Función garantista — Finalmente, a la clasificación propuesta por la doctrina y jurisprudencia se debe agregar que, en el campo del Derecho administrativo, las funciones de los principios generales del Derecho no se limitan al ámbito de la interpretación e integración del Derecho, sino que ellos obran, muchas veces, como auténticas garantías que pueden invocar las personas frente al Estado (Cassagne).

IV. RANGO JERÁRQUICO

§322. Consagración — Admitido el carácter de fuente jurídica de los principios generales del Derecho, se ha de precisar el rango que les corresponde en la jerarquía dentro del sistema de fuentes del Derecho. Así podrá parecer que, con arreglo a la enumeración que realiza el Art. 4 del CC, los principios jurídicos ocupen el puesto más inferior en la jerarquía de las fuentes del Derecho.

Al respecto se observa que si bien los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva (González Pérez), se pueden encontrar en el Ordenamiento jurídico incorporados de manera expresa y escrita o de manera implícita y no escrita.

Por lo que respecta a los principios recogidos en la Constitución, los principios generales del Derecho, al beneficiarse del superior rango de la Constitución, resultan siempre de aplicación cualquiera que sea la norma que los contradiga (Beladiez Rojo); en el mismo sentido de reconocimiento jurisprudencial de principios generales del Derecho aunque estos no figuren literalmente incorporados en algún artículo de la Constitución (Véase Sent. de la CSJ/CP, de fecha 18 de enero de 1966). En efecto, la Constitución recoge, a lo largo de su articulado, lo que se denominan principios constitucionales o principios de valor constitucional, cuya inclusión los dota del valor y la fuerza normativa que tiene la Constitución, superando la función de fuente subsidiaria que fue la construcción civilista.

En cuanto a los principios generales del Derecho que no tiene reconocimiento expreso, sino que se deducen de las normas o de otros principios jurídicos expresos, no hay duda que existe una mayor dificultad para lograr su reconocimiento y consecuente aplicación por parte de los operadores jurídicos.

V. EFICACIA JURÍDICA

§323. Aplicabilidad — Los principios generales del Derecho constituyen Derecho positivo e integran parte del sistema de fuentes del Ordenamiento jurídico, sin que les haga falta su reconocimiento expreso por un acto jurídico formal. Ello es así, porque los principios generales del Derecho son de aplicación directa e inmediata.

C. JUSTICIABILIDAD

§324. Garantía jurisdiccional — Finalmente, los principios generales del Derecho se encuentran amparados por la regla de la justiciabilidad directa o garantía jurisdiccional, en virtud de la cual cualquier persona puede acudir a las instancias jurisdiccionales para formular la pretensión procesal de nulidad, contra cualquier acto jurídico que se haya dictado en contravención al valor contenido en los mismos, que a su vez constituyen el fundamento y la orientación en la producción de dicho acto jurídico.

En tal sentido, los principios generales del Derecho constituyen una fuente de Derecho aplicable en todas las ciencias jurídicas, y por ende en el Derecho administrativo, y los jueces de todos los órdenes jurisdiccionales se encuentran obligados a aplicarlos al momento de resolver los asuntos de su competencia, que les sean sometidos a su consideración.

JURISPRUDENCIA

A. CONCEPTO

§325. Función jurisdiccional — Los Arts. 253 y ss. de la C regulan la figura del Poder Judicial, y de forma categórica preceptúan que corresponde al Poder Judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes y ejecuta o hace ejecutar sus sentencias.

Una primera conclusión, a la hora de analizar las fuentes del Derecho, es que el principio de competencia prohíbe cualquier creación jurisdiccional del Derecho. Los jueces no hacen el Derecho: juzgan y hacen ejecutar lo juzgado. Dicen el Derecho (*juris dictio*) al juzgar los casos concretos, pero no lo crean.

B. NATURALEZA JURÍDICA

§326. Planteamiento — Lo anterior plantea el viejo problema de la relación entre jurisprudencia y fuentes del Derecho y, como consecuencia de ello, el problema del valor y del alcance de la jurisprudencia.

§327. Teorías — Hoy día, frente a las tesis de los defensores y contradictores de considerar a la jurisprudencia como fuente del Derecho, se aboga por la función de complementariedad del Ordenamiento jurídico por las vías de interpretar y aplicar las distintas fuentes del Derecho. Es por ello que si algunos doctrinarios consideran quizás excesivo como afirmación, el carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia, se propugna que al menos debería admitirse el esfuerzo creativo de la jurisprudencia del contencioso-administrativo también en nuestro país. Así las cosas, a nuestro criterio, el cuerpo de doctrina jurisprudencial no constituye *per se* una especial fuente del Derecho, porque no recibe de la Constitución el trato. Pero ha de contemplársele como una doctrina autorizada, con efectivo influjo en los tribunales inferiores, por lo que algún sector le coloca en un plano intermedio entre las fuentes del Derecho y las puras operaciones de aplicación.

Sin embargo, la negación a la jurisprudencia –de la misma manera que a la doctrina– del carácter de fuente del Derecho no implica su desconocimiento de su valor entre las fuentes del conocimiento. En tal sentido, abundan sentencias importantes que van fijando los principios fundamentales de la disciplina del Derecho administrativo. En consecuencia, la jurisprudencia y la doctrina constituyen, en este sentido, una fuente de conocimiento de valor inapreciable, pero sin llegar a confundir las fuentes del Derecho con el contenido del Derecho.

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

A. CONCEPTO

§328. Planteamiento — El precedente administrativo es uno de los aspectos clásicos del problema general de la inserción de la costumbre como fuente del Derecho, en su específico reflejo en el ámbito del Derecho administrativo. Es sabido que la costumbre es un uso o práctica social implantado en una colectividad y practicado con la conciencia de que es jurídicamente obligatorio. Precisamente, este origen es el fundamento de parte de la doctrina para rechazar su carácter de fuente dentro del Derecho administrativo, por cuanto no puede existir una fuente obligatoria que no reconozca el propio Estado. Mientras que con el precedente administrativo sucede lo contrario, se da o tiene su origen dentro de la Administración Pública.

§329. Distinción — A los efectos de precisar en lo posible la figura del precedente administrativo, la doctrina distingue entre esta y la práctica administrativa. La práctica administrativa constituye norma usual de carácter y eficacia puramente interna para la Administración Pública, tradiciones burocráticas de los funcionarios públicos. Estaría constituida por una conducta uniforme de determinados organismos administrativos, observada, en cuanto se la tiene, por la más adecuada y oportuna, sin que llegue a considerársela como obligatoria o vinculante (Villar Palasi).

El precedente administrativo, por el contrario, implica la resolución sustantiva de la Administración Pública sobre cuestiones sometidas a la misma, generadora de derechos e intereses para las personas. Esto es, sobre determinados puntos, decisiones que pueden ser declarativas de derechos para las personas interesadas y que son reiteradas y consolidadas. De ahí que el precedente administrativo quiere significar, en la terminología del Derecho administrativo, tanto como el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar. El precedente administrativo como –su denominación lo indica– procede de la Administración Pública y por ello no es identificable a la costumbre, sino a los usos, la práctica administrativa, aunque esta apunta más bien a la actuación interna, y el precedente administrativo a la resolución de los asuntos que le son sometidos o en la tramitación de esos mismos asuntos (Villar Palasi).

En conclusión, el precedente administrativo significa el modo reiterado de actuación de la Administración Pública que constituye una conducta uniforme respecto de la interpretación y aplicación de las normas jurídico-administrativas.

B. NATURALEZA JURÍDICA

§330. Planteamiento — Otro tema tiene que ver con la naturaleza jurídica, pues se plantea el problema de determinar si el precedente administrativo es fuente o no del Derecho administrativo. Al respecto, son dos las posisiones que cabe adoptar, y de hecho en la doctrina se encuentran ante el valor jurídico atribuible al precedente administrativo.

§331. Teoría de la variabilidad — Un sector de la doctrina se pronuncia negativamente sobre la naturaleza del precedente administrativo como fuente del Derecho. Para sostener tal posición, se invocan los argumentos siguientes: (i) la Administración Pública no tiene la intención de vincularse mediante el precedente administrativo; y (ii) la naturaleza de fuente del Derecho choca con la flexibilidad y adaptabilidad imprescindible en la Administración Pública. En consecuencia, la postura negativa se basa en la necesaria flexibilidad de

la actuación administrativa. La Administración Pública no podría vincularse por el precedente administrativo, puesto que ello significaría tanto como la necesidad de resolver siempre idénticos supuestos en idéntico sentido señala la doctrina española (Villar Palasi).

En este orden de ideas, un sector de la doctrina nacional (Brewer-Carías y Lares Martínez) se pronuncia por la teoría de la variabilidad, al señalar que si bien la figura del precedente administrativo tiene su consagración en el Art. 11 de la LOPA, esta consagra como principio general que los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública pueden ser modificados, es decir, la Administración Pública no estaría sujeta a sus precedentes y, por tanto, ante nuevas situaciones se podrían adoptar nuevas interpretaciones. Este es el mismo criterio de la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 7 de marzo de 1991).

§332. Teoría de la vinculatoriedad — La tesis negativa, que viene de ser explicada, se enfrenta con la consideración opuesta de otro sector de la doctrina que le atribuye valor jurídico al precedente administrativo fundándose en los también principios generales del Derecho de seguridad jurídica, la confianza legítima del tráfico jurídico, y por último el de igualdad ante la ley. El carácter vinculante del precedente administrativo radica en los principios de igualdad, seguridad jurídica, la buena fe y, por último, la interdicción de arbitrariedad.

Por su parte, la PGR se pronuncia también por el carácter vinculante del precedente administrativo, siempre que los criterios reúnan las características siguientes: (i) ser expresos; (ii) emanar de funcionarios públicos competentes para expresar el criterio; y por último (iii) no ser manifiestamente contrarios a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas; Beladiez Rojo, M., *Los principios jurídicos,* Ed. Tecnos, Madrid, 1997; Bobbio, N., "Principe generali di diritto", en *Contributi ad un dizionario giurídico,* Giappichelli, Turín, 1994; Brewer-Carías, A. R., *Derecho administrativo,* T. I, Ed. Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; Cassagne, J. C., *Los principios generales del derecho administrativo,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Procuraduría General de la República, Doctrina de la Procuraduría General de la República, Caracas, 1983; Chapus, R., *Droit Administratif général,* T. I, Montchrestien, 15ª Ed., París, 2001; García De Enterría, E. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho,* Civitas, Madrid, 1984; González Pérez, J., *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo,* 4ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Moderne, F., *Principios*

Generales del Derecho Público, Editorial Jurídica de Chile, Prólogo de García de Enterría, Santiago de Chile, 2005; Villar Palasi, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1986.

LECCIÓN 3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO

Tema 9. Principio de Separación de Poderes

Sumario: SISTEMA DE PRINCIPIOS JURÍDICOS: Principios constitucionales. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES: Concepto. Modalidades. Funciones estatales. PRINCIPIO DE COLABORACIÓN FUNCIONAL DEL PODER PÚBLICO. Concepto. Fundamento. PRINCIPIO DE TUTELA AL SERVICIO DEL INTERÉS GENERAL.

SISTEMA DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

A. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

§333. Principios constitucionales — El estudio del Derecho administrativo debe realizarse con un criterio de carácter metodológico como señala Orlando, que lo concibe "como un sistema de principios jurídicos sistemáticamente coordinados". En tal sentido, la doctrina francesa (F. Moderne) al referirse a este tema señala que más que evocar los principios generales del Derecho con valor constitucional, y oponerlos a los principios generales del Derecho con valor legislativo (o más bien infra-legislativo), bastaría con referirse a los "principios constitucionales" (o "de valor constitucional"), y que han sido descubiertos, formulados y sistematizados como los grandes principios generales del Derecho público.

Así las cosas, el examen sistemático de la Constitución del 99 nos revela cómo, en forma completa y exhaustiva, se determinan claramente, entre otros, un conjunto de principios constitucionales que tienen particular importancia para el Derecho Público en general y para el Derecho administrativo en particular, con lo cual como ya advirtiera Brewer-Carías, se consolida el proceso de constitucionalización del Derecho administrativo venezolano, pues su contenido configura también el marco de actuación de la Administración Pública.

§334. Función — En este orden de ideas, sostiene la jurisprudencia (Véase Sent. del TSJ/SC, de fecha 22 de enero de 2003, Nº 23, caso *Servio Tulio León Briceño*; y TSJ/SC, de fecha 11 de junio de 2003, Nº 1560) que la Constitución cumple tres funciones básicas: (i) es integradora; (ii) es normadora; y (iii) es organizadora.

§335. Plan — De la función organizadora se desprenden, a su vez, los principios constitucionales o generales del Derecho público, así: (i) el principio de separación de poderes, conforme al cual la Constitución le asigna a los diversos centros o complejos orgánicos del Estado la operación de determinadas funciones públicas en torno a un ámbito objetivo más o menos específico; (iii) el principio de legalidad, elemento esencial del Estado de Derecho y del sistema democrático; (iii) el principio de respeto a los derechos fundamentales; (iv) el principio de garantía patrimonial; y por último (v) el principio de control jurisdiccional. De todos ellos realizaremos análisis a continuación.

PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

A. CONCEPTO

§336. Carácter jurídico-político — El primero de los principios generales del Derecho público es de carácter jurídico-político: el principio de separación de poderes, el cual se encuentra obscurecido como consecuencia de la imprecisión del lenguaje empleado, pues es de todos sabido que el término no corresponde exactamente al contenido del mismo.

§337. Poder Público — Las Constituciones venezolanas, para referirse a las potestades del Estado venezolano, han empleado el término de Poder Público en el sentido de potestad única e indivisible del Estado y, por tanto, sin referencia orgánica de cualquier naturaleza (Art. 137 de la C).Por otra parte, los órganos que ejercen el Poder Público son creación de la Constitución, con una delimitada esfera de funciones estatales que fija, en forma precisa, la órbita de actuación de cada uno de ellos en forma privativa, y en estos casos no puede haber interferencia, ya que habría, entonces, usurpación (Véase Sent. del TSJ/SC (302), de fecha 16 de marzo de 2005, RDP Nº 101, p. 132).

§338. Interpretación — El principio de separación de poderes ha sido interpretado y definido de muy diversas maneras. Siguiendo al constitucionalismo contemporáneo, entendemos por el principio de separación de poderes, el confinamiento de cada una de las funciones jurídico-estatales como competencia propia o, más bien, adjudicada de modo preferente o preponderante al complejo orgánico que ejerce el Poder Público de su respectivo nombre.

Por tanto, el principio cardinal del Derecho constitucional (Véase Sent. de la CFC/SPA, de fecha 03 de diciembre de 1940, M. 1941, p. 279) es la separación formal o según la interpretación de la Constitución del 99, la separación orgánica del Poder Público o de poderes (Brewer-Carías; y véase Sents. de la CSJ/CP, de fecha 28 de noviembre de 1988, en RDP, Nº 38, p. 80; y 302 del TSJ/SC, de fecha 16 de marzo de 2005). Es decir, el sistema jurídico según el cual cada función jurídica básica o fundamental del Estado es confiada,

de modo preponderante o preferente, a un centro o complejo orgánico del Poder Público en particular (función "propia"). Según la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 1889 del TSJ/SC, de fecha 17 de octubre de 2007), se trata de un principio fundamentalmente político que pasó a formar parte de los principios sustanciales que informan la estructura formal del Estado, con el objeto de evitar el exceso en el ejercicio de poder y garantizar el equilibrio entre las instituciones estatales.

En este orden de ideas, el principio de separación o división de poderes, señala la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 1414 del TSJ/SC, de fecha 19 de julio de 2006), responde a la necesidad de brindar garantías institucionales que permitan a cada órgano el ejercicio eficiente del Poder Público, obviando ilegítimas intrusiones de los demás órganos del Estado en la realización de sus funciones esenciales. Asimismo, el principio de separación de poderes descansa sobre el postulado de que no puede, ninguno de ellos, invadir la esfera de acción, vale decir, de las atribuciones de los otros poderes públicos. También es cierto, que tal principio no tiene una rigidez absoluta (Véase Sent. de la CFC/SF, de fecha 28 de mayo de 1951, GF Nº 8, 1951, p. 127).

§339. Derecho positivo — El sistema constitucional venezolano sigue en sus lineamientos generales, ese postulado y sobre la base de ese principio se interpretó el principio de separación de poderes con los matices siguientes: en Venezuela rige, pues, el principio de separación de poderes, en el sentido de que se establece una multiplicidad de órganos que integran las ramas del Poder Público, las cuales ejercen sus "funciones propias" (Art. 136 de la C), lo que en modo alguno significa exclusividad en el ejercicio de las mismas, pudiendo, excepcionalmente, haber en dicho ejercicio intercambio de funciones entre las distintas ramas que ejercen el Poder Público. Precisando el lenguaje, la separación orgánica no tiene por qué coincidir plenamente con la separación de funciones estatales (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 18 de julio de 1963, GF Nº 41, 1963, pp. 116-117; y Nº 302 del TSJ/SC, de fecha 16 de mayo de 2005), por lo que se habla más de separación de funciones estatales antes que separación de poderes, y para lo cual resulta imprescindible que el Poder Público sea ejercido por órganos diferenciados.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirma que, lejos de ser absoluto el principio de separación de poderes, la doctrina establece que la división de poderes no coincide con la división de funciones, pues convenientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder Judicial funciones administrativas (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 18 de julio de 1963, GF Nº 41, 1963, pp. 116 y 117).

En definitiva, la separación de poderes no es tal separación sino más bien la distribución de las funciones estatales entre las tradicionalmente denominadas “ramas” (Véase Sent. de la CFC/SPAacc, de fecha 19 de febrero de 1937, M. 1938, p. 166), esto es, los centros o complejos orgánicos del Estado, constituyendo así una garantía formal, a fin de que cada una de las ramas del Poder Público sea titular, de modo preferente, de una de las funciones estatales y así garantizar la separación o, más propiamente, el equilibrio entre las diversas ramas en que está dividido el ejercicio del Poder Público. En consecuencia, los que están separados o divididos son esos centros o complejos orgánicos, las ramas, pero no el Poder Público que es uno solo.

B. MODALIDADES

§340. Planteamiento — En Venezuela, la Constitución establece un sistema de distribución del ejercicio del Poder Público en: (i) forma vertical; y (ii) forma horizontal.

En mérito a lo anterior se puede concluir, simplemente, que de la denominada separación de poderes resulta una separación de funciones estatatales y, correlativamente, una separación aun mayor de órganos, constituidos por personas físicas distintas. Es así como en el sistema de distribución del ejercicio del Poder Público se encuentra una de las bases fundamentales del Derecho Administrativo venezolano.

I. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO

§341. Concepto — El primer principio que condiciona al Derecho administrativo en la Constitución de 1999 es el principio de separación territorial, que deriva de la distribución vertical del Poder Público en atención a la forma del Estado venezolano como forma federal, el cual ha sido una constante en el Estado venezolano durante su existencia desde 1811, expresado tanto en el Preámbulo como en el Art. 4 de la C que señala: “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”.

La distribución vertical da origen a un sistema de descentralización político-formal, derivado de la forma federal del Estado; mientras que la distribución horizontal da origen a una separación orgánica del ejercicio del Poder Público, siguiendo los intereses clásicos del constitucionalismo moderno. De ahí que conforme a la Constitución, en sentido vertical, el Poder Público tiene tres ramas: el Poder Nacional, el Poder Estadal y el Poder Municipal (Art. 136 de la *C*), que dan lugar a tres niveles de personas jurídicas de Derecho público de carácter territorial: (i) la República Bolivariana de Venezuela (ii)

los estados en número de 23 que forman la Federación; y por último (iii) los municipios en número de 335 en total.

II. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO

§342. Concepto clásico — Pero además del sistema de separación territorial del Poder Público en los tres niveles político-territoriales, el segundo principio, que condiciona al Derecho administrativo en la Constitución de 1999, es el principio de separación orgánica, que deriva de la distribución horizontal del Poder Público, lo cual origina ramas independientes y autónomas entre sí. Este principio constituye un elemento político en el sentido de que el Estado no solo crea el Derecho sino que, con su poder, lo respalda y, en ese sentido. aquel tiene un triple carácter: es legislador, juez y administrador, ya que, repetimos, crea el Derecho, lo aplica y lo impone; de ahí que se afirme que la finalidad del Estado es realizar el Derecho (B. Fiorini). Así la Constitución establece un sistema de distribución horizontal del ejercicio del Poder Público que se manifiesta como una separación orgánica y no como separación funcional, originando así que la separación de poderes rige en las diversas ramas que ejercen el Poder Público (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 29 de mayo de 1972, GO Nº 1542 Extr., de fecha 14 de febrero de 1972, p. 10).

Es usual, y así lo consagra la Constitución venezolana, denominar "Poder" a cada una de estas ramas o complejos orgánicos que detentan el ejercicio de las funciones estatales en forma preferente, así: (i) "Poder Legislativo Nacional" (Título V, Capítulo I); (ii) "Poder Ejecutivo Nacional" (Título V, Capítulo II); y por último (iii) "Poder Judicial" (Título V, Capítulo III).

§343. Concepto contemporáneo — Sin embargo, la Constitución del 99 ha venido a modificar sustancialmente la estructura política del Estado, de donde conviene analizar hasta qué punto este cambio influye en las construcciones doctrinales. Como es sabido, la Constitución consagra el principio de separación de poderes según el modelo clásico. La función legislativa del Estado esta radicada en la Asamblea Nacional (Art. 136); la función judicial en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los tribunales y demás instituciones determinadas por las leyes que integran el Poder Judicial (Art. 253); la función ejecutiva reside en el Poder Ejecutivo el cual dirige la Administración Pública (Art. 141).

Junto a estos tres poderes, la Constitución ha institucionalizado otras organizaciones estatales a las que ha dotado de funciones complementarias de las clásicas legislativa, judicial y ejecutiva, haciendo más compleja la estructura orgánica del Estado y su régimen jurídico. Así, se puede hablar, como hace la propia Constitución, del Poder Ciudadano y del Poder Electoral, como nuevos

centros o complejos orgánicos del Poder Público Nacional, no englobados en los poderes clásicos del Estado (Art. 136). En conclusión, la Constitución configura, pues, un Estado caracterizado por una pluralidad de centros de poder, a los que les asigna funciones independientes y complementarias a la vez.

Por tanto, la Constitución de 1999 adoptó un novedoso sistema de separación horizontal o separación orgánica del ejercicio del Poder Público Nacional en el que, además de los órganos que componen las clásicas ramas, han existido otra serie de órganos que progresivamente han sido constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, y que a partir de la Constitución de 1999 corresponden a nuevos complejos orgánicos, diferenciados y separados, que han sido erigidos en ramas formales del Poder Público.

Finalmente, según la jurisprudencia (Véase Sent. del TSJ/SC (3098), de fecha 14 de diciembre de 2004, RDP Nº 99-100, p. 142), lo anterior obedece a la necesidad de otorgar independencia y autonomía funcional a los órganos que están encargados de desarrollar determinadas competencias, así: (i) el "Poder Ciudadano" que integran los siguientes órganos constitucionales: la Contraloría General de la República (Art. 273 de la C), el Ministerio Público (Art. 284 de la C), y la Defensoría del Pueblo (Art. 280 de la C) y, por último, (ii) el "Poder Electoral" que ejerce el Consejo Nacional Electoral (Art. 293 de la C).

C. FUNCIONES ESTATALES

a. *Concepto*

§344. Planteamiento — Para el logro de sus fines, señala Garrido Falla, las comunidades humanas se organizan políticamente. El tipo de organización política que hoy día se conoce como regla en los pueblos civilizados se denomina Estado. A su vez, la acción del Estado se manifiesta en formas diversas que pueden reconducirse a las siguientes funciones estatales o del Estado: la función legislativa, la función jurisdiccional y la función ejecutiva.

Estas son, tradicionalmente, las llamadas funciones estatales, y cabe decir que, desde el punto de vista de su sustancia o contenido, y dado el carácter irreductible que se ha predicado de las mismas, a ellas y solo a una u otra de estas tres formas esenciales de actuación debe reconducirse cualquier acto jurídico estatal.

En mérito a lo antes expuesto, en la expresión constitucional, por función estatal ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido de que solo en ejercicio del Poder Público puede cumplirse. Por tanto, las fun-

ciones estatales se configuran como aquellas tareas o cometidos esenciales al aparato estatal, que le dan razón de ser y que no pueden ejercerse sino en virtud de la potestad constitucional que se identifica con el Poder Público.

b. *Clasificación*

§345. Planteamiento — Las funciones estatales se clasifican así: la producción de normas jurídicas que integran el Ordenamiento jurídico, que es la función legislativa; la conducción política de la sociedad, que es la función de gobierno; la solución de conflictos entre partes, que es la función jurisdiccional; y la gestión, en concreto del interés público por el Estado como sujeto de Derecho que se relaciona con los administrados, que es la función ejecutiva.

Las funciones estatales se ejercen de acuerdo con nuestro sistema constitucional, por los distintos grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el Poder Público, por lo que el ejercicio de las funciones jurídicas estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal, o si se quiere, de ninguno de los poderes. (Brewer-Carías).

§346. Función legislativa — La función legislativa, como actividad privativa e inherente del Estado, es la actividad jurídica que se manifiesta en la potestad normativa, esto es, la de establecer las normas o reglas de Derecho a que ha de ajustarse la conducta de los miembros de la comunidad, así como la organización misma de esa comunidad. Tales normas tienen como caracteres fundamentales la generalidad y la obligatoriedad (Garrido Falla).

Ahora, si bien la función legislativa es una "función propia" del Poder Legislativo Nacional, a través de la Asamblea Nacional, no es una función privativa y exclusiva del mismo, pues los demás órganos estatales también la ejercen o interfieren en la misma en los supuestos que la propia Constitución consagra. Solo es función privativa y exclusiva de la Asamblea Nacional, el ejercicio de la función normativa en una forma determinada: como cuerpo legislador y mediante la emisión de la categoría de actos estatales denominados leyes (Art. 203 de la C); así como los actos *interna corporis* denominados actos parlamentarios sin forma de ley (Reglamentos internos) (Art. 187, num. 19 de la C), ambos son actos legislativos, si bien de distinto valor normativo.

Los otros órganos estatales que ejercen la función legislativa dentro del Poder Ejecutivo son: el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, a través de los decretos legislativos y los decretos-leyes de estado de excepción, según analizamos detenidamente en el Tema 5. En cuanto a los órganos que participan en la función legislativa dentro del Poder Judicial, tenemos al Tribunal Supremo de Justicia, a través de la competencia para la iniciativa legislativa (Art. 6, Párrafo 1, 10 y 12 de la LOTSJ).

§347. Función jurisdiccional — La función jurisdiccional o judicial como actividad privativa e inherente al Estado es la actividad jurídica que se encamina directamente al mantenimiento de un Ordenamiento jurídico dado, restableciéndolo cuando ha sido violado y resolviendo conflictos inter-subjetivos de intereses de acuerdo con las normas objetivas del Derecho.

La palabra jurisdicción viene de la palabra latina *ius-dicere*, de donde proviene *iuris-dictio*, que significa decir el Derecho, pero con fuerza de verdad legal. En tal sentido, se manifiesta en la potestad de resolver controversias y declarar el Derecho en cada caso concreto, a través de un proceso en una forma determinada: declaración con fuerza de cosa juzgada o de verdad legal, por órganos independientes e imparciales mediante actos denominados sentencias.

Ahora bien, a diferencias de las demás funciones estatales, la función judicial ha sido atribuida, no solo como función "propia", a los órganos del Poder Judicial, esto es, constituido por el Tribunal Supremo de Justicia y por los demás tribunales que determine la ley, sino que también es una función privativa y exclusiva de ellos, sin que sea dable sostener constitucionalmente que el Poder Ejecutivo pueda ejercer la función jurisdiccional, (Véase Sent. de la CFC, de fecha 23 de julio de 1957, GF Nº 17, 1957, pp. 38-40) al formular un sector de la doctrina nacional, sin sustento jurídico razonable, que existiría una supuesta distinción entre: por un lado, la función jurisdiccional ejercida por los tribunales ("función judicial") y, por el otro, una función jurisdiccional administrativa, esto es, ejercida por los órganos administrativos (Véase Sent. del TSJ/SC (3098), de fecha 14 de diciembre de 2004, RDP Nº 99-100, p. 141). De ahí que sostengamos que la jurisprudencia admite, hasta cierto punto, una confusión funcional entre ellas, y que la Administración Pública no podría ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a otra rama, como la función jurisdiccional.

§348. Función ejecutiva — Dentro del orden de funciones estatales aparece la necesidad de individualizar la función ejecutiva, que algunos autores prefieren sustituir por la función administrativa (Sayagués Laso), expresión que compartimos por entender que aquella expresión hace pensar en una actividad de mera aplicación de las leyes, si bien también se estima preferible hablar de actividad administrativa (Zanobini).

Ahora bien, dentro del ámbito y actuación del Poder Ejecutivo se distingue, a su vez: (i) la función administrativa como función estatal; y (ii) la función política o gubernamental, para lo cual es necesario determinar la manera de saber cuándo el Poder Ejecutivo actúa políticamente o como Gobierno, y cuándo actúa con carácter administrativo.

§349. Función administrativa — Si el Derecho administrativo regula también el ejercicio de la función administrativa, será necesario identificarla dentro de las diversas funciones estatales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con determinadas actividades estatales, ya que es otra de las bases fundamentales del Derecho administrativo venezolano.

El concepto jurídico de administración se refiere a una actividad del Estado y al mencionar la palabra Estado estamos dentro del campo jurídico. La administración es parte de una institución de Derecho con el nombre de Estado.

La función administrativa, como actividad privativa e inherente al Estado, es "una zona de la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo" (Garrido Falla), y consiste en la actividad jurídica que se manifiesta en la potestad de administrar y gestionar los intereses públicos, la cual se ha atribuido como "función propia", tanto de los órganos del Poder Ejecutivo como del Poder Ciudadano y del Poder Electoral. Sin embargo, a diferencia de la función judicial, la función administrativa no es privativa y exclusiva del Poder Ejecutivo, del Poder Ciudadano y del Poder Electoral, pues su ejercicio se atribuye, también, a los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial, dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales.

Por su parte, la jurisprudencia define la función administrativa, en un sentido general, "como aquella actividad del poder público que tiende a conservar y promover los intereses generales, mantener al orden, proteger el ejercicio normal del derecho y facilitar el desenvolvimiento de toda actividad libre dentro de la convivencia social". (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de mayo de 1966, GF Nº 52, 1966, pp. 108-113). Al respecto se observa que para Hauriou la función administrativa no se define por su objeto sino por los medios, esto es, la potestad pública que reside en el centro del Derecho Administrativo.

§350. Función política o gubernamental — Por otro lado, la función gubernamental, como actividad privativa e inherente del Estado, es la otra zona de la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo, actividad ya no jurídica sino materialmente política o de gobierno, que se manifiesta en la realización de actividades que interesan a la conducción política y se manifiestan como función suprema del Estado.

Tal función estatal está atribuida, por la Constitución, al Poder Ejecutivo, por ser órgano del Presidente de la República como Jefe del Estado, en cuya condición dirige la acción del Gobierno (Arts. 226 y 236, num. 2 de la C) y se manifiesta a través de los denominados actos de gobierno, entre otros: las relaciones exteriores (Art. 236, num. 4 de la C); convocatoria a sesiones

extraordinarias (Art. 236, num. 9 de la C) y disolución (Art. 236, num. 21 de la C) de la Asamblea Nacional; y la declaración de los estados de excepción y restricción de las garantías constitucionales (Art. 338 de la C).

PRINCIPIO DE COLABORACIÓN FUNCIONAL DEL PODER PÚBLICO

A. CONCEPTO

§351. Planteamiento — Si bien en sus orígenes, la necesidad de que exista al mismo tiempo, un poder y una función suponía un axioma, hoy día es aceptado que las ramas y sus órganos desarrollan diversas funciones estatales cada una; en razón de lo cual no toda manifestación activa de una rama en ejercicio del Poder Público debe ser encuadrada por fuerza en una "función típica" o "función propia" de dicha rama, pudiendo ser tributaria de varias funciones. Así, en Venezuela, no coincide la separación de poderes con una pretendida separación de funciones estatales pues, repetimos, estas se ejercen de manera preponderante pero no exclusiva por todos los órganos estatales, excepto la función jurisdiccional.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha sostenido que el principio de separación de poderes que consagra la Constitución "no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones" (Véase Sent. del TSJ/SC Nº 3098, de fecha 13 de diciembre de 2004, RDP Nº 99, p. 100 (julio-diciembre, 2004; pp. 139 y ss). Es decir, la separación de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la "separación" de las funciones estatales.

§352. Conclusión — El principio de separación de poderes no implica una división o especialización absoluta de las funciones asignadas a cada rama del Poder Público, como lo postulaba la lógica del racionalismo del siglo XVIII. Si bien cada rama del Poder Público ejerce las "funciones propias" (Art. 136 de la C) que las caracteriza y a las cuales deben su denominación, no es menos cierto que cada una de estas ramas suele ejercer funciones estatales que caracterizan a las otras ramas. En otras palabras, paralelamente a sus "funciones propias", las ramas del Poder Público realizan funciones distintas de aquellas que le corresponden por su naturaleza, salvo –repetimos– la función jurisdiccional.

B. FUNDAMENTO

§353. Atribución preferente — La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirma que lejos de ser absoluto el principio de separación de pode-

res, la doctrina recurre y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus atribuciones que respectivamente le señalan las leyes y realizan eventualmente actos de índole distinta a los que por su naturaleza les incumbe (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 18 de julio de 1963, GF Nº 41, 1963, pp. 116 y 117).

En consecuencia, la atribución de funciones estatales no se hace en forma exclusiva sino preferente, es decir, que se realiza imperfectamente, lo cual plantea serias confusiones en la caracterización de cada una de ellas.

En este sentido, si bien la Constitución venezolana atribuye a cada rama del Poder Público una función propia, establece la colaboración necesaria entre las ramas y los órganos que la ejercen, para lo cual es esencial que dichas funciones estatales se ejecuten dentro de los límites señalados en la Constitución, en los siguientes términos: "Artículo 136. (*omissis*) Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

En consecuencia, la forma de colaboración (intervención o interferencia) entre las distintas ramas del Poder Público debe ser regulada originariamente por la propia Constitución y no por la ley. Así las cosas, el principio de separación orgánica del Poder Público descansa sobre el principio de que no puede, ninguno de ellos, invadir la esfera de acción, vale decir, las atribuciones de las otras ramas; mas, es cierto que tal principio no tiene una rigidez absoluta. De ahí que la distribución del ejercicio del Poder Público no implica que las ramas y los órganos que las ejerzan no deban colaborar entre sí, lo cual plantea otro principio constitucional cual es el principio de colaboración entre los diversos complejos orgánicos para alcanzar, en conjunto, los fines del Estado (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 18 de mayo de 1972, GO Nº 1523 Ext. de fecha 1 de junio de 1972, p. 9), cuando el Art. 136, *in fine* de la C, consagra: "Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado". Empero, esta interferencia prescrita constitucionalmente no puede ir más allá de la finalidad prevista, ni puede efectuarse nunca con detrimento de los principios constitucionales (Véase Sent. de la CF, de fecha 23 de julio de 1957, GF Nº 17, 1957, pp. 38-40).

PRINCIPIO DE TUTELA AL SERVICIO DEL INTERÉS GENERAL

§354. Consagración constitucional — Otra de las novedades de la Constitución de 1999 es la del concepto de fines del Estado, que se encuentran especialmente en su Preámbulo y en el Art. 3 de la C que consagran entre otros, el "bien común" o el "bienestar del pueblo" que, en términos jurídicos, se traduce en el "interés público", que se concibe fundamentalmente como criterio de legalidad, y en este sentido se habla de un principio general de tutela al servicio de interés general (Meilán Gil).

La garantía o tutela de la realización material del interés público es la tarea o misión más inmediata del Estado, porque el fin último es la persona y sus derechos fundamentales. Por ello, la persona, como referencia central, es elemento clave para caracterizar al Derecho administrativo contemporáneo, que ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente a los nuevos tiempos. Ahora, es a partir de la noción de interés público, la matriz desde la cual se deben abordar los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho administrativo contemporáneo, por lo que el elemento clave debe estar en lo que debe entenderse, en cada momento, por interés público.

En tal sentido, el diseño constitucional consagra que la estructura del Estado se regirá, tal como se expresa en la Exposición de Motivos, por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, que son las características del modelo del Estado venezolano, en el que las comunidades y autoridades de los distintos niveles político-territoriales participan en la formación de las políticas públicas comunes a la Nación, integrándose en una esfera de gobierno compartida para el ejercicio de las competencias en que concurren. De esta manera, la función administrativa del Poder Público Municipal, del Poder Público Estadal y del Poder Público Nacional se armoniza y coordina, para garantizar los fines del Estado venezolano al servicio del interés general y del núcleo irreductible de los derechos fundamentales de la persona, lo cual constituye, a su vez, fuente de su legitimación.

Así, la Constitución acoge expresamente la distinción entre el interés público –como canon o parámetro para el control jurisdiccional de la actividad de las Administración Pública– y el derecho e interés individual, así como la configuración de estos últimos en derechos subjetivos, intereses legítimos, incluidos los colectivos o difusos (Art. 26 de la C).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012; Brewer-Carías, A. R., *Principios Fundamentales del Derecho Público*, Cuadernos de la Cátedra Nº 17, EJV, Caracas, 2005 y *Derecho administrativo,* T. I., Ed. Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; Carré De Malberg, R. *Teoría general del Estado,* Facultad de Derecho-UNAM, México, 1998; De Laubadère, A. Venezia, J.P. y Gaudmet, Y. *Traité de droit administratif*, T. I, 14ª. Ed., LGDJ, París, 1996; García De Enterría, E. y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004 y *La lucha contra las inmunidades del poder, RAP* Nº 38; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 11ª Ed., Sirey, París, 1927; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Mayer, O., *Derecho administrativo alemán,* T. I, trad. esp. del original francés de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1949-1951; Merk, A., *Teoría general del derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004; Moderne, F., *Principios Generales del Derecho Público*, Editorial Jurídica de Chile, Prólogo de García de Enterría, Santiago de Chile, 2005; Rivero, J. y Waline, J., *Droit administratif*, 21ª Ed., Dalloz, París, 2006.

Tema 10. Principio de Legalidad

Sumario: CONCEPTO: Introducción. DOCTRINAS: Cuestión previa. Doctrina de la vinculación. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LEY O DERECHO: Tesis restrictiva. Tesis amplia. Sanción de la infracción del principio de legalidad. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: Potestad administrativa. Potestad administrativa discrecional. Régimen jurídico. Control jurisdiccional. OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO: Principio del respeto a los derechos fundamentales. Principio de garantía o integridad patrimonial. Principio del control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

CONCEPTO

A. INTRODUCCIÓN

I. ELEMENTO JURÍDICO-FORMAL

§355. Planteamiento — El segundo principio general del Derecho público, y a la vez elemento de carácter jurídico-formal del Estado de Derecho, es el principio de legalidad, que constituye la más importante de las columnas sobre la que se asienta el total edificio del Derecho administrativo (Garrido Falla). En este sentido, la jurisprudencia nacional ha sostenido que es un principio desde el cual se erige, desde su nacimiento, el Estado de Derecho (Véase Sent. del TSJ/SPA (1724), de fecha 27 de julio de 2000, RDP Nº 83, p. 105), principio fundamental que sirve de soporte a la concepción del Estado de Derecho (Véase Sent. de la CFC/CP, de fecha 12 de noviembre de 1947, M. 1948, pp. 10-13).

II. ORIGEN HISTÓRICO

§356. Importancia — El principio de legalidad es el rasgo más importante de los sistemas jurídicos contemporáneos, en virtud del cual toda actividad pública y aun privada debe, en un Estado determinado, ser conforme al Derecho que está en vigor en el momento en que tal actividad se realiza.

En sus orígenes el concepto que se denomina legalidad alude a “la sumisión de la Administración Pública a la ley”, razón por la cual la función administrativa siempre es de rango sublegal y es también, desde el punto de vista práctico, el rasgo más manifiesto de la noción de Estado de Derecho, no obstante el hecho de que los términos y contenido en que este limita a aquel, es objeto de polémicas doctrinales y ha experimentado cambios históricos de significación.

En suma, el principio de legalidad definido en sus orígenes significa que la Administración Pública, en su totalidad, debe respetar la ley y no puede ni derogarla ni modificarla, lo cual establece la superioridad del legislador sobre las Administración Pública.

III. CONCEPTO

§357. Consagración constitucional — El principio de legalidad es consagrado en el Derecho positivo por una disposición constitucional y, por tanto, tiene fuerza superior a la ley, en los términos siguientes: "La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen" (Art. 137 de la C), consagrándose así el principio de legalidad (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fechas 6 de junio de 1985, 6 de junio de 1991, RDP Nº 46, p. 80; y de la CPCA, de fecha 16 de diciembre de 1987, 2 de febrero de 1993, RDP Nº 53/54, p. 183), y comporta la sujeción que debe tener el Poder Público al obrar con respecto a un Ordenamiento jurídico preexistente (Véase Sent. Nº 674 del TSJ/SC, de fecha 28 de abril de 2005).

Con el uso, el término de legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad (Weil), denominado por ello también principio de juricidad o de juridicidad, en su concepción integral de "bloque de la legalidad" (Hauriou). Así, la construcción constitucional pretende, pues, un imperio del Derecho, donde además de las normas jurídicas se encuentran todos los "valores" constitucionales, desde los proclamados "superiores" en el propio Art. 2 de la C, hasta los esparcidos a lo largo del Texto Fundamental , en los que se incluyen ciertas garantías institucionales, así como los principios generales del Derecho.

§358. Consagración legal — El principio es ratificado por el Art. 4 de la LOAP cuando dispone que la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo (sic) dictados formal y previamente conforme a la ley en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

En consecuencia, la Administración Pública debe ceñirse al denominado principio de legalidad, el cual no solo exige conformidad de las actividades funcionales de la Administración Pública con la norma o regla de Derecho preexistente, tanto exógena, esto es, la que es impuesta desde fuera, por la Constitución y la ley, como endógena, constituida por la norma que emana de su propio seno.

DOCTRINAS

A. CUESTIÓN PREVIA

§359. Planteamiento — Si la expresión "legalidad" viene a designar la cualidad de aquello que es conforme a la ley –entendida esta en su sentido amplio, equivalente a Derecho–, es preciso entender que hoy "legalidad" equivale al Ordenamiento jurídico entero referido, por tanto, a lo que magistralmente Hauriou denominó "vinculación al bloque de la legalidad".

Con el principio de legalidad se debe entender hoy que la Administración Pública está subordinada al Ordenamiento jurídico entero, comprendiendo la condición de que debe actuar con arreglo al Derecho, incluido aquel que ella misma elabora. Sin embargo, el auténtico problema lo constituye el desentrañar a través de qué proceso se verifica la atribución de las potestades administrativas a la Administración Pública en cada caso y qué consecuencias comporta.

§360. Doctrinas — Con respecto a la posición en que se encuentra la Administración Pública frente al Derecho, los términos en que se produce la vinculación de aquella al Derecho y cuál es su contenido, han sido dos las doctrinas principales que han tratado de explicar las relaciones existentes entre la Administración Pública y el Derecho o, en otras palabras, la función del principio de legalidad para la Administración Pública, y son cronológicamente: (i) la vinculación negativa (*negative Bindung:* Winkler, Stahl); *y* (ii) la vinculación positiva (*positive Bindung:* Merkl).

Si bien ambas doctrinas configuran a la norma como límite, lo cierto es que hay notables diferencias. La primera teoría considera que la posición de la Administración Pública no difiere fundamentalmente de aquella que tienen las personas frente al Derecho; y la segunda teoría pone especial énfasis en que la Administración Pública es un Poder no soberano del Estado, que constituye una persona jurídica, sea genérica (fisco), sea específica (por ejemplo, los institutos autónomos).

B. DOCTRINA DE LA VINCULACIÓN

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LÍMITE

§361. Planteamiento — Que la Administración Pública se encuentra vinculada al Derecho es un punto totalmente pacífico en las doctrinas iuspublicistas contemporáneas y, por tanto, el Derecho constituye un límite para el obrar de la Administración Pública. Sin embargo, los términos y ámbitos en que

el Derecho limita y vincula a la Administración Pública son objeto de arduas polémicas.

El principio de legalidad presupone una cierta relación entre: por un lado la Administración Pública y su actividad; y por el otro el Derecho o la ley en estricto sentido, según sea entendido; pero los términos de dicha relación no son tratados en general por la doctrina con la exactitud y precisión que requieren, por lo que puede llegarse a conclusiones diametralmente opuestas.

El principio de legalidad es de la esencia del Estado de Derecho, tal cual éste se ha elaborado en la historia constitucional y administrativa y significa: (i) negativamente que ninguna manifestación de la potestad o función administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente; (ii) positivamente implica la exigencia para toda potestad o función administrativa de una habilitación legislativa formal, la llamada reserva legal.

a. *Teoría de la vinculación negativa (noción mínima)*

§362. Concepto — Para una primera concepción del principio de legalidad de la Administración Pública, la denominada vinculación negativa (*negative Bindung*) de Winkler, la Administración Pública se vincula negativamente a la ley que opera como un límite externo a una básica libertad de determinación: *quae non prohibita, permissa inteliguntur*: es decir, que la ley actuaría como límite de la actuación libre de la Administración Pública, esta quedaría legitimada en su actuación simplemente con probar que no hay precepto legal en su contra y que significa: (i) todo lo que la ley no prohíbe hacer a la Administración Pública se entiende que es campo dejado a su decisión; y (ii) un desarrollo extraordinario de la discrecionalidad o autonomía administrativa libre (*Freie Ermessen*).

§363. Relación de compatibilidad o no contrariedad — De ahí que según la teoría de la vinculación negativa, a la Administración Pública le bastaría para que su actuación se adecue a las exigencias del principio de legalidad, el no violar directamente ningún precepto legal, esto es, que exista una "relación de compatibilidad o no contrariedad" entre su actividad y el Ordenamiento jurídico, que postula la teoría del principio en estudio, como un mero límite externo de la función administrativa.

b. *Teoría de la vinculación positiva (noción máxima)*

§364. Concepto — Una segunda concepción, denominada vinculación positiva, en la que el Derecho no es ya para la Administración Pública solo un límite externo que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual, ella puede conducirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la potestad y la

función administrativa, la cual no es válida si no cuenta con una previsión normativa que las habilite.

Este planteamiento es obra de la Escuela de Viena, y fundamentalmente de A. Merkl, que han contribuido a la cobertura normativa de la potestad y de la función administrativa, atributiva de potestades proporcionándole su legitimidad: *quae non permissa, prohibita inteliguntur.* es decir, que la Administración Pública puede actuar: (i) solo cuando la ley le ha atribuido una potestad administrativa; y (ii) dentro del ámbito y medida en que tal atribución habilite su actividad. Hay una "presunción de prohibición" que solo cede cuando la ley habilita el ejercicio de la función administrativa.

Así, según la teoría de la vinculación positiva, toda potestad administrativa: (i) ha de tener origen o derivarse necesariamente de la ley; (ii) debe estar previamente definida por ella; y (iii) solo puede ejercerse de acuerdo con las condiciones que la ley prevea.

§365. Relación de conformidad — De ahí que también de las mismas expresiones antes señaladas puede deducirse que el principio de legalidad exige a la Administración Pública que su actividad se encuentre en una "relación de conformidad" con el Ordenamiento jurídico, que será uno de los postulados de la "teoría de la vinculación positiva" de la Administración Pública al Derecho y significa: (i) como la Administración Pública es ejecución, cada actuación implica un previo precepto que lo permita; y (ii) solo la completa cobertura legal previa legitima el ejercicio de la potestad y la actividad del Poder Público.

§366. Examen de las teorías expuestas — Con arreglo a la teoría la vinculación negativa, la Administración Pública sería libre de actuar del modo que estime pertinente en todos aquellos ámbitos que no están comprendidos bajo el denominado principio de la reserva legal, o simplemente no hayan sido objeto de un desarrollo por el legislador (congelación del rango), entendiéndose facultada para hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley. Por el contrario, allí donde la ley ha ejercido una actuación normativa, la Administración Pública se encuentra limitada en su obrar, en el sentido de que debe respetarla o adecuar su actuación a lo previsto en ella. De este modo se considera que la Administración Pública está, en principio, desvinculada al Derecho y sustancialmente libre de actuar, siendo limitada por la ley en la medida que esta regula ámbitos que, con anterioridad, se encontraban exentos de preocupación legislativa (es un poder discrecional). En conclusión, la teoría de la vinculación negativa considera que la posición de la Administración Pública frente al Derecho no difiere sustancialmente de aquella en que se encuentran las personas frente al mismo.

Con arreglo a la teoría de la vinculación positiva se ha de extraer una conclusión opuesta. La Administración Pública solo puede hacer aquello para lo que expresamente ha sido habilitada por la ley –o el Derecho–, comportando la ausencia de regulación en un campo determinado, una prohibición para la función administrativa y, por tanto, para que su actuación sea considerada válida, debe encontrarse en una "relación de conformidad" con el Ordenamiento jurídico en el sentido anotado.

El Derecho operaría, en ambos casos, como un límite externo, en el sentido de ir sometiendo paulatinamente bajo su dominio, en la medida que lo estime necesario, materias que hasta entonces se encontraban desprovistas de regulación normativa y, por lo tanto, bajo la "potestad discrecional de la Administración Pública", olvidándose de que la Administración Pública está subordinada al Derecho, por la sencilla razón de que no es soberana.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONDICIÓN

§367. Planteamiento — Se admite, generalmente, por la doctrina jurídica, que el Derecho es un elemento constitutivo y determinante del Estado y, como tal, si condiciona y determina al Estado en su conjunto, debe igualmente condicionar a la Administración Pública que es una de las formas de presentarse el Estado.

La noción del principio de legalidad se considera, en Derecho, como condición de la Administración Pública, desde dos puntos de vista: tanto en su existencia como en su función administrativa, y recibe el nombre de vinculación positiva de la Administración Pública al Derecho, ya que como su propio nombre lo indica, exige un previo apoderamiento legal habilitante en favor de la Administración Pública para que pueda actuar y es posible adelantar, desde ya, que es lo que consagra el Derecho administrativo venezolano.

§368. Condición de existencia y de la función administrativa — En mérito a lo anterior, cada órgano o ente público específico de la Administración Pública debe su existencia al Derecho, pues es este el llamado a crearlo (principio de estatalidad del Derecho: R. Alessi) y en nuestro Ordenamiento jurídico, específicamente la ley tiene el poder de crear los órganos y entes de la Administración Pública (Arts. 142, 236, num. 20 y 300 de la C), ya que, como personas morales o ideales que son, no pueden nacer por generación espontánea, necesitan de una fuente creadora que es el Derecho y, concretamente, la ley. Es en este sentido que se señala que el Derecho es condición de existencia de la Administración Pública.

En atención a lo expuesto es innegable que las relaciones entre la Administración Pública y el Derecho, que convierten al último en condición de existencia y también de la función administrativa, se plasman en el principio de legalidad, de acuerdo con la doctrina de la vinculación positiva, obedeciendo a una circunstancia necesaria de la esencia misma de aquella y su función como subordinada al Derecho, en cuanto no radica en ella la soberanía, y en cuanto función jurídica es total.

En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que todas las actividades de la Administración Pública deben ceñirse a reglas o normas preestablecidas. De ahí el principio de legalidad de los actos administrativos, según el cual estos carecen de vida jurídica no solo cuando les falta como fuente primaria, un texto legal, sino también cuando no son ejecutados en los límites y dentro del marco señalado de antemano por la ley. (Véase Sent. de la CF, de fecha 17 de julio de 1953, GF Nº 1, 1953, p. 151).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LEY O DERECHO

§369. Planteamiento — La determinación de si el principio de legalidad postula una relación determinada entre la Administración Pública y su función estatal y el Derecho; o, solamente, entre la Administración Pública y su función estatal y la ley, no es pacífica en la doctrina, según veremos a continuación.

A. TESIS RESTRICTIVA

§370. Ley — Un sector de la doctrina sostiene que el principio de legalidad es un postulado político que consistiría, fundamentalmente, en fijar determinadas relaciones de poder entre el Poder ejecutivo y el Poder legislativo, dando preeminencia a este último por sobre el primero, como consecuencia de ser el representante del pueblo, el depositario de la soberanía.

Por su parte, la jurisprudencia sostiene que el principio de legalidad comporta un doble significado, a saber: (i) la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; y (ii) el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, precisamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad (Véase Sent. del TSJ/SC (488), de fecha 30 de marzo de 2004, RDP Nº 97-98, p. 180).

B. TESIS AMPLIA

§371. Derecho — La tesis amplia del principio de legalidad, esto es, la que postula la relación entre la Administración Pública y su función administrativa y el Derecho considerado en su conjunto, parte de una base totalmente diferente para su estudio.

En primer lugar, considera la situación de la Administración Pública en el marco jurídico elaborado por el Estado de Derecho, en el cual aquella deja de ser prerrogativa del Monarca, quien realizaba la gestión administrativa como la de su propio patrimonio, sometido al Derecho privado, para transformarse en un elemento propio del Estado, siendo la función administrativa una función inherente y propia de este y, por lo tanto, función jurídica. Como consecuencia, el principio de legalidad no es considerado básicamente político, de relaciones de poder entre diversos órganos del Estado, sino como una ley jurídico-teórica que se basa en el hecho de ser las funciones del Estado funciones jurídicas, por lo que carece de excepciones y es inviolable.

§372. Examen de las teorías expuestas — La tesis restrictiva presenta al Ordenamiento jurídico de una manera parcializada que no corresponde a la naturaleza de este, el cual debe ser considerado como una unidad. De ahí que el modo correcto de analizar el principio de legalidad es examinando la relación que existe entre la Administración Pública considerada como la representación del Estado y esa unidad irreparable que es el Ordenamiento jurídico, lo que obedece a un esquema único que es susceptible de explicarse a través de la técnica de la atribución de potestades administrativas, esto es, la habilitación respectiva para la función administrativa, a través de sus diversas formas que destruyen, sin apelación alguna, la crítica de la tesis restrictiva que afirma que el estudio del principio de legalidad, considerado en forma amplia, se reduciría al mero estudio de las fuentes del Derecho administrativo.

En tal sentido, se ha verificado un cambio histórico del principio de legalidad en varios sentidos: (i) aparecen coberturas legales de origen administrativo, que son los casos de los decretos-leyes, la legislación delegada a través de las leyes habilitantes y, por último, los reglamentos, con lo cual se ha roto el monopolio exclusivo de la ley formal como única norma; y (ii) la ley formal no agota la regulación de la materia reservada, al regular solo los grandes principios y remitir su desarrollo a los reglamentos.

Por ello ha hecho fortuna la expresión según la cual la Administración Pública debe someterse, no ya a la ley, sino al Ordenamiento jurídico entero referido, por tanto, a lo que magistralmente se denominó “vinculación al

bloque de la legalidad" (Hauriou), y abarca hoy día el conjunto de normas o reglas de Derecho para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la Administración Pública (Moles Caubet).

C. SANCIÓN DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§373. Teoría de la nulidad — En el supuesto de que la Administración Pública infrinja de alguna manera el principio de legalidad, el acto jurídico por el cual se comete la infracción estaría viciado, en grado de nulidad absoluta o de nulidad relativa o anulabilidad, según la gravedad, por lo que de impugnarse conforme a Derecho habrá de precederse a la anulación, consistiendo esta sanción en la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al Ordenamiento jurídico, para lo cual hay que estar a lo que dispone la LOPA, este es el principio general (Arts. 19 y 20 de la LOPA) (Véase Sents. de la CPCA, de fechas 29 de septiembre de 1987 y 4 de noviembre de 1987).

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A. POTESTAD ADMINISTRATIVA

§374. Condición y límites — El trasunto lógico del Estado de Derecho es el principio de legalidad que surge como reflejo de la soberanía popular, lo cual nos conduce a la afirmación de que, en un Estado de Derecho, no existen poderes ilimitados, ya que la Administración Pública, creada por el Derecho, necesariamente debe estar legitimada mediante habilitación legal del representante de la comunidad que es el Poder legislativo, quien manifiesta típicamente su voluntad a través de la ley.

En efecto, la Administración Pública no está integrada por órganos soberanos, sino por órganos cuya soberanía, autoridad y poder son concedidos por otros órganos del Estado. Esta es una de las claves del Estado de Derecho. De ahí que la atribución de potestades administrativas se conecta pues, con el principio de legalidad haciendo aparecer la ley bajo un doble aspecto: como condición y como límite de la función administrativa (Carre De Malberg).

Por tanto, que la ley ha de habilitar las potestades administrativas es una condición del principio de legalidad, según se desprende del Art. 137 de la C. El principio de sumisión de la Administración Pública al Derecho se consigue por dos vías: (i) cuando el Legislador dicta normas delimitando las esferas jurídicas subjetivas tanto de la Administración Pública como la de las personas; se determina así el conjunto de potestades administrativas de que la Administración Pública dispone y, al mismo tiempo, aparece el límite de la función administrativa; y (ii) mediante el dictado por el Poder legislativo

de una serie de normas de acción, que le señalan los fines y los modos de actuar para conseguirlos.

B. POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL

I. CONCEPTO

§375. Planteamiento — La doctrina francesa (De Laudadère) sostiene que la teoría o principio de legalidad es el foco de un conflicto entre dos grandes intereses: (i) por un lado, la exigencia de garantías en beneficio de las personas; y (ii) por el otro, el hecho de que la Administración Pública tiene necesidad de cierta libertad de acción, o eficacia en la gestión de los intereses públicos.

Al fin y al cabo, la legalidad tiene que aplicar unos correctivos en cuanto a las exigencias de eficacia de la función administrativa en la gestión del interés público, mediante los conceptos de: (i) la discrecionalidad administrativa; y (ii) la teoría de las circunstancias excepcionales.

§376. Concepto — La habilitación legal en favor de la Administración Pública que le posibilita un actuar conforme con el principio de legalidad puede suponer diversos grados de predeterminación del ejercicio de la potestad administrativa. A través del sistema de fuentes del Derecho administrativo pueden haberse agotado, como afirma la doctrina española (García De Enterría), todas y cada una de las condiciones de la función administrativa, en cuanto a que la norma predetermina completamente las condiciones de su ejercicio; es, pues, una conducta reducida a una constación; *lié*, también llamada *accertamento* por la doctrina italiana. O, por el contrario, la norma jurídica remite al juicio subjetivo de la Administración Pública, la concreción de algunos de tales elementos.

En este último sentido, la norma remite parcialmente, para completar el marco regulador de la función administrativa y de las condiciones de su ejercicio, a una estimación o valoración administrativa, solo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación subjetiva por parte de la Administración Pública de las circunstancias singulares que precede al caso aplicativo.

II. CRITERIOS DE DISTINCIÓN

§377. Plan — Un examen detenido de la función administrativa efectuado desde el punto de vista de su vinculación con el Ordenamiento jurídico existente sobre la base de una contraposición basada en la forma de predeterminación del ejercicio de la potestad administrativa, nos permite diferenciar

en ella dos clases diferentes: (i) la potestad administrativa vinculada; y (ii) la potestad administrativa discrecional.

§378. Potestad administrativa vinculada — La potestad administrativa de un órgano o ente administrativo es vinculada o reglada, cuando el Ordenamiento jurídico predetermina en forma completa las condiciones de su ejercicio, esto es, cuando establece de antemano qué es específicamente lo que debe hacer en un caso concreto.

§379. Potestad administrativa discrecional — La potestad administrativa será, en cambio, discrecional, cuando el Ordenamiento jurídico le otorgue a la Administración Pública cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 1 de junio de 2000, RDP, Nº 82, p. 206). Dicho de otro modo, en el caso anterior es la ley –en sentido lato– y, en otro, es la Administración Pública actuante, quien aprecia el mérito, esto es, la oportunidad o conveniencia de la decisión a tomarse (De Laubadère).

En este segundo caso, el Ordenamiento jurídico permite a la Administración Pública que esta sea quien aprecie el mérito (oportunidad o conveniencia) del acto según los intereses públicos; no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. La Administración Pública tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia determinada. Así, la potestad administrativa discrecional es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o concretamente, elección entre indiferentes jurídicos (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 16 de diciembre de 1980, RDP Nº 5, p. 95).

En todo caso, como muy bien sostiene la doctrina venezolana (Moles Caubet), la discrecionalidad administrativa no abona o justifica por parte del Estado ninguna actuación arbitraria o abusiva por encontrarse unida al concepto de oportunidad. En conclusión, la potestad administrativa discrecional no supone ausencia de norma sino, por el contrario, una norma que concede a la Administración Pública libertad de apreciación o escogencia, la cual se halla condicionada por la finalidad de la norma atributiva de competencia (Véase Sent. del TSJ/SC (825), de fecha 6 de mayo de 2004, RDP Nº 97-98, pp. 186-187). Así las cosas, en ninguna forma puede considerarse que en los casos de laguna legal de la legislación administrativa, la Administración Pública pueda proceder discrecionalmente.

C. RÉGIMEN JURÍDICO

I. REGULACIÓN

§380. Directa — El Ordenamiento jurídico siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita o virtual (Véase Sent. de la CF, de fecha 6 de noviembre de 1958, GF Nº 22, p. 133), las potestades administrativas que tienen los órganos o entes públicos para actuar. Generalmente, también la forma y el procedimiento administrativo debido en que deben exteriorizar sus declaraciones de voluntad, lo cual es un primer e importante grupo de casos de regulación de la función estatal de la Administración Pública. Esta regulación directa se encuentra en relación con el objeto del acto administrativo (por ejemplo, la prohibición del objeto ilícito del acto administrativo o de la revocación de derechos adquiridos).

Ahora bien, gran parte de la Administración Pública consiste en el ejercicio de un poder que permite elegir los medios para la realización del interés público, sea con opciones prefijadas (discrecionalidad de la alternativa), con el libre contenido del acto (discrecionalidad del *quid)* o con las modalidades del modo (discrecionalidad del *quamodo*) (Moles Caubet). En consecuencia, el ámbito de la discrecionalidad administrativa puede alcanzar al *ans*, el *quid*, el *quando*, o *quamodo* de la potestad administrativa, lo que permite una amplia gama de manifestaciones de la discrecionalidad administrativa.

§381. Indirecta o inversa — Es el caso que, en un gran número de situaciones, no se regula la forma en que la Administración Pública puede actuar frente a las personas, sino las condiciones bajo las cuales estos no pueden ser destinatarios de los actos por la Administración Pública. Llamar a esto "límites de las facultades discrecionales" es erróneo, ya que la Administración Pública se ve constreñida a respetar esas reglas preestablecidas: su situación no es libre pues su conducta le está dictada con antelación por el Derecho.

Se comprende aquí los casos en que el Ordenamiento jurídico regula, no ya la potestad administrativa de la Administración Pública para actuar sobre las personas, sino el derecho público subjetivo o derecho fundamental de la persona a que nadie interfiera en sus actividades.

§382. Residual — Finalmente, cuando falta la regulación directa y también la indirecta, no estamos en presencia de la discrecionalidad administrativa, pues el Ordenamiento jurídico prevé la solución de un tercer supuesto. Es el caso de que ni las leyes, ni por tanto los actos de la Administración Pública pueden atentar contra el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona que la Constitución proclama.

II. LÍMITES

§383. Plan — Un examen analítico de la reducción de los clásicos círculos de inmunidad jurisdiccional de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad administrativa discrecional nos lleva a revisar los temas siguientes: (i) el acto discrecional; (ii) la discrecionalidad técnica; y por último (iii) el concepto jurídico indeterminado.

§384. Acto administrativo discrecional — La primera reducción, nos enseña la doctrina, es la afirmación de que no hay acto administrativo discrecional por oposición al acto administrativo reglado, pues aun en los primeros hay elementos reglados suficientes para no justificar de ninguna manera una abdicación total del control jurisdiccional sobre el mismo. Por tanto, concluye la doctrina francesa (Hauriou) que no hay actos discrecionales; solo hay un cierto poder discrecional de la Administración Pública, que se encuentra más o menos en todos los actos administrativos.

En este sentido, si bien una jurisprudencia aislada distinguió dos categorías de actos: "actos discrecionales" y "actos reglados" (Véase Sent. de la CF, de fecha 17 de julio de 1953, Nº 1, 1953, pp. 151-154), debemos señalar que, desde el punto de vista jurídico, no es correcto diferenciar hoy día entre actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales sino, en todo caso, de actos administrativos dictados en el ejercicio de una potestad administrativa vinculada o de una potestad administrativa discrecional, respectivamente (Véase Sent. de la CF, de fecha 17 de julio de 1953, Nº 1, 1953, pp. 151).

§385. Discrecionalidad técnica (o regulación técnica) — El otro proceso de reducción de la potestad administrativa discrecional lo constituye la noción de la discrecionalidad técnica. En algún momento se afirmó que la Administración Pública tenía una discrecionalidad técnica, esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irrevisable los actos administrativos que dictara en ejercicio de esas atribuciones, por oposición a la denominada discrecionalidad administrativa, ordinaria o común. Esto era así puesto que tal concepto dependía también de lo que constituiría, en un primer momento, la expresión técnica: si esta es una mera cuestión opinable o discutible, un acto que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con un criterio subjetivo, es lógico afirmar que tal aspecto no puede ser controlado. En cambio, si una técnica es científica y, por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, sujeta a reglas uniformes, es obvio que no puede hablarse de discrecionalidad administrativa sino que corresponde hablar de regulación (sujeción a normas, en el caso técnicas).

En realidad, la discrecionalidad técnica no es propiamente tal, pues en esos casos la decisión está sujeta a los principios y reglas de la ciencia o técnica en cuestión, que deben ser tomados en cuenta y aplicarse, más o menos, inmediatamente (Véase Sents. de la CSJ/SPA (235), de fecha 28 de septiembre de 1981, RDP Nº 8, p. 100; CPCA, de fecha 23 de marzo de 1983, RDP Nº 4, p. 154). La discrecionalidad administrativa implica, pues, un juicio de valoración, mientras que la discrecionalidad técnica se funda en un concepto de comprobación.

En conclusión, la doctrina contemporánea señala que no hay, en absoluto, una completa discrecionalidad meramente técnica, ya que los dos términos, discrecionalidad y técnica, son esencialmente inconciliables (R. Alessi, M. Marienhoff, A. Gordillo y M.M. Diez).

§386. Concepto jurídico indeterminado — Finalmente, dentro del proceso de la reducción de las inmunidades jurisdiccionales del poder y, por consiguiente, de la potestad administrativa discrecional, debe también destacarse una de las aportaciones más importantes de la doctrina alemana (E. Forsthoff), con fundamento en la teoría del concepto jurídico indeterminado (justo precio, utilidad pública, orden público, etc.), el cual no se debe confundir con la discrecionalidad administrativa.

En atención a lo anterior, y a diferencia de la discrecionalidad administrativa auténtica donde la Administración Pública es libre de elegir entre varias posibilidades, en el caso del concepto jurídico indeterminado no es libre, sino que se trata en lo esencial de una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta, de modo que aquella debe ser buscada acudiendo a criterios de valor y experiencia. Pero lo característico es que la estimación jurídica admite solo una solución justa y correcta (Véase Sents. de la CSJ/SPA (100), de fecha 19 de mayo de 1983, RDP Nº 34, p. 69; y CSJ/SPA (396), de fecha 1 de agosto de 1991, RDP Nº 47, p. 80).

Ahora, siendo esta una operación de naturaleza intelectiva, cabe la posibilidad de que la Administración Pública se haya equivocado, y tal error puede ser controlado y corregido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ser solo un caso de interpretación a la norma que ha creado el concepto.

D. CONTROL JURISDICCIONAL

§387. Admisibilidad — Pese a que originariamente la potestad discrecional administrativa se configuró como ámbito exento de la ley, la obra de la jurisprudencia y la doctrina juridificó la institución, así como la fue sometiendo paulatinamente al control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

En el caso de ejercicio de las potestades administrativas discrecionales cuando "la ley se las conceda directa y categóricamente" (Véase Sent. de la CFC/SF, de fecha 11 de agosto de 1949, G.F. Nº 2, p. 143), el Juez administrativo no puede anular el acto en lo que concierne al mérito o fondo (Véase Sent. de la CF, de fecha 6 de noviembre de1958, GF Nº 22, p. 134; y Sent. de la CSJ/SPA (188), de fecha 12 de julio de 1984, RDP Nº 19, 1984, p. 124), pues la ley ha entendido dejar libertad a la Administración Pública para apreciar la oportunidad de la decisión, salvo que haya violado los límites de la potestad administrativa discrecional: falta de causa, desproporcionalidad, desviación de poder, etc., pues nunca aquella puede conducir a la arbitrariedad (Véase Sents. de la CF, de fecha 26 de noviembre de 1959, GF Nº 26-125; y de la CSJ/SF, de fecha 8 de junio de 1964, GF Nº 44, p. 119).

§388. Elementos reglados — En este orden de ideas, siendo que la discrecionalidad administrativa no es absoluta, al existir siempre elementos reglados en todo acto administrativo, falta la discrecionalidad respecto al menos de los elementos siguientes: (i) la competencia; (ii) el procedimiento administrativo debido; (iii) la forma o las formalidades (regulación directa); (iv) los presupuestos de hecho (regulación indirecta o inversa), que al ser un requisito objetivo del acto administrativo, su necesaria existencia es vinculada, de modo que el juez administrativo puede entrar a examinar la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de noviembre de 1988, RDP Nº 36, p. 62); y por último (v) el fin mediante el vicio de desviación de poder (Art. 259 de la C).

§389. Autovinculación — Por último, existe la posibilidad de un control jurisdiccional de legalidad sobre los límites autoimpuestos por la Administración Pública quien puede, perfectamente, reducir *motu proprio* el ámbito de la discrecionalidad administrativa, predeterminando aspectos indeterminados a través de sus reglamentos, circulares e instructivos, e incluso los denominados precedentes administrativos.

En conclusión, la discrecionalidad administrativa no puede concebirse separada del principio de legalidad (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de julio de 1984, RDP Nº 19, p. 125); de ahí que el ejercicio de la potestad administrativa discrecional está sujeta a la prohibición de arbitrariedad *ex* Art. 12 de la LOPA (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 12 de julio de 1983, RDP Nº 16, p. 133; de la CSJ/SPA, de fecha 11 de diciembre de1990, RDP Nº 45, p. 82; y CPCA (1279), de fecha 3 de octubre de 2000, RDP Nº 84, p. 131). La discrecionalidad administrativa no equivale a inmunidad jurisdiccional o arbitrariedad, ni constituye una excepción, sino solo un correctivo excepcional al principio de legalidad.

OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO

A. PRINCIPIO DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. CONCEPTO

§390. Elemento jurídico-material — El principio del respeto (la intangibilidad o inmutabilidad) a los derechos fundamentales, constituye otro de los principios generales del Derecho público, a la vez que es el otro elemento de carácter jurídico-material de la cláusula de Estado de Derecho. La afirmación expuesta precedentemente de que el Estado de Derecho se caracteriza porque a través del mismo se consigue el sometimiento de la Administración Pública al Derecho, ha de precisarse en el sentido de que esta sujeción no puede constituir un fin en sí mismo sino, simplemente, una técnica para conseguir una determinada finalidad, y que como tal, puede emplearse para perseguir diversas finalidades y de manera principalísima, el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

§391. Concepto — El principio del respeto a los derechos fundamentales exige que los órganos que ejercen el Poder Público actúen respetando y garantizando a todas las personas, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos inherentes a la persona humana reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos o que incluso no figuren, expresamente, en dichos instrumentos, así como de aquellos derechos e intereses reconocidos en la ley, los actos administrativos, los contratos celebrados entre los órganos que ejercen el Poder Público y las personas.

§392. Garantías jurídicas — En caso de desconocimiento de las situaciones mencionadas se reconocen varios mecanismos eficaces para el restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por los órganos y entes públicos en el ejercicio del Poder Público, debiendo destacarse: (i) el proceso de amparo constitucional (Art. 27 de la C); y (ii) el proceso administrativo (Art. 259 de la C), y dentro de este el denominado contencioso de las vías de hecho administrativa (Arts. 8, 9, num. 3, 23, num. 4, 24, num. 4, 25, num. 5, 65, num. 2 de la LOJCA).

Por último, se establece una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos fundamentales resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad absoluta (Art. 25 de la C) (Véase Sent. Nº 1264, del TSJ/SC, de fecha 11 de junio de 2002).

B. PRINCIPIO DE GARANTÍA O INTEGRIDAD PATRIMONIAL

I. CONCEPTO

§393. Planteamiento — Como quiera que la Administración Pública aun actuando conforme a Derecho puede ocasionar a las personas daños que no están obligados a soportar, se consagra el principio de integridad patrimonial, esto es, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función pública que cubre, por tanto, la responsabilidad ya sea: (i) por actividades normales o lícitas (funcionamiento normal o sin falta de servicio); o (ii) por actividades anormales o ilícitas (funcionamiento anormal o con falta de servicio), mediante la justa indemnización, el restablecimiento del principio de igualdad ante la ley y, con él, el orden jurídico perturbado (Arts. 25, 141 y 259 de la C).

La cuestión de la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a las personas por la actividad de la Administración Pública ha sido objeto de análisis permanente a través del tiempo por los autores del Derecho público. Ahora, como señala la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de febrero de 1964, GF Nº 43, 1964, pp. 14-19), el principio de separación de los poderes, base fundamental de la concepción del régimen democrático, al distribuir entre los órganos del Poder Público las funciones privativas del Estado, creando entre los mismos un armónico equilibrio de precisas atribuciones, dio lugar a un nuevo tipo de relación jurídica entre el Estado y la persona, en cuya virtud el ejercicio de la función pública conlleva una responsabilidad que limita su alcance y protege a la colectividad frente a la acción omnipotente del Poder Público.

Finalmente, la responsabilidad administrativa debe concebirse no solo como instrumento técnico de garantía de integridad patrimonial sino, además, de control jurídico sobre la actividad de la Administración Pública en beneficio de la persona, como un mecanismo de la eficacia funcional, pues es claro que la eficacia no se alcanza únicamente con la sola efectividad jurídica, sino que envuelve necesariamente la eficacia en la realización material del interés general.

§394. Consagración constitucional — Una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 1999, en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, fue la consagración expresa del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños y perjuicios causados a las personas en el ejercicio de las funciones estatales, el cual es un instituto jurídico consustancial al Estado de Derecho.

En efecto, la Constitución realiza la consagración general del sistema de responsabilidad del Estado en su Art. 140, al consagrar lo siguiente: "El Estado

responderá patrimonialmente por los daños que sufran las o los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.

C. PRINCIPIO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCIÓN

§395. Antecedentes — Como el principio de legalidad puede ser excedido por la Administración Pública, es natural que se prevean los medios para que, en tales casos, pueda ser restablecido, asegurando su supremacía. Es indudable que la última y más importante garantía de la vigencia del principio de legalidad radica en los órganos jurisdiccionales que integran el Poder judicial, con competencia en esa materia, ya sea general, ya sea especial. Y es que la esencia del modelo de Estado de Derecho propuesto por la doctrina alemana (R. Gneist / 1884) se debe fundamentalmente al haber enfatizado la necesidad de que el Estado, en cuanto Poder administrativo, debe someterse al Derecho (*súbdito ius*), sometimiento que se garantiza a través de un sistema de Justicia administrativa.

Ahora bien, el control jurisdiccional de la legalidad administrativa a través de un sistema de Justicia administrativa no surgió de un momento a otro, sino que es el resultado de un proceso histórico. Este se inició con el control jurisdiccional respecto de cuestiones patrimoniales del Estado (doctrina del fisco), hasta aceptarse plenamente, en la actualidad, como un mecanismo para hacer efectivo el principio de legalidad, como protección de los derechos fundamentales de las personas, la instauración del sistema del control jurisdiccional de la legalidad administrativa. Así, según la doctrina francesa (Rivero) el sistema del control jurisdiccional de la legalidad administrativa nace de la feliz conjunción de tres elementos: (i) una ideología: el principio de legalidad; (ii) una competencia: la del juez administrativo; y (iii) una técnica: el recurso por exceso de poder.

En consecuencia, el sistema de Justicia administrativa trata de obtener el sometimiento de la Administración Pública a la Justicia de un modo general y, por lo tanto, al Derecho.

II. PRINCIPIO DEL CONTROL UNIVERSAL DE LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

§396. Planteamiento — Decir que la Administración Pública está sometida al Derecho es plantear inmediatamente dos problemas: (i) el problema de la extensión, del ámbito. ¿Esta sumisión es general, todos los órganos y entes de la Administración Pública, en todas sus actividades, la aceptan igualmente?;

y (ii) un problema de fondo. ¿Hasta qué punto el Derecho va a imponer sus exigencias frente a una Administración Pública que le está, en principio, sometida?

Es el problema de si la sumisión al Derecho es de la totalidad, tanto de los órganos o entes como de la función de la Administración Pública, o de una parte solamente. ¿El principio es de una aplicación general? ¿Admite excepciones? En la práctica, los países que se proclaman como Estado de Derecho dan, a esos problemas, respuestas bastante diferentes. Para comprender su alcance, nos debemos colocar desde diferentes puntos de vista.

§397. Concepto — Uno de los principios del sistema de control jurisdiccional es su plenitud, integralidad o universalidad, pues se ejerce sobre los distintos Poderes Públicos: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y por último el Poder Electoral. Así se ha dicho que el Estado de Derecho implica la máxima posibilidad de justiciabilidad de la Administración Pública (Mayer).

Lo único que podría quedar sujeto a discusión a su respecto, es el medio, forma o modo como se va a imponer el control jurisdiccional de la legalidad sobre la Administración Pública y la función administrativa que desarrolla.

§398. Sujetos públicos — Entre la Administración Pública del Estado y las Administraciones Públicas de las demás personas público-territoriales menores, las diferencias, desde el punto de vista de la sumisión al Derecho en sus orígenes eran frecuentes. Estas últimas han sido, en numerosos países, mucho más temprano y más completamente sometidas al Derecho que la Administración Pública del Estado. En efecto, la noción de soberanía entendida en el sentido absoluto que conservó por mucho tiempo, parecía presentar, a la sujeción por el Derecho de la Administración Pública del Estado, un obstáculo que no existía, evidentemente, frente a las personas público-territoriales menores.

Hoy día es necesario sostener la total sumisión al Derecho de todos los diversos órganos y entes públicos de la Administración Pública y, por consiguiente, al control jurisdiccional universal de la legalidad administrativa. Así sucede que, en ciertos Ordenamientos jurídicos, los órganos administrativos supremos, en razón –y aquí encontramos la idea precedente– de su participación en el ejercicio del poder soberano, son excepción a la sumisión del Derecho, en tanto que los órganos inferiores si le están sometidos.

§399. Ámbito de control — También es necesario sostener que el Art. 259 de la C y la LOJCA consagra el principio de universalidad del control jurisdiccio-

nal respecto de todos los actos, actividades o inactividades administrativas como manifestación del principio de legalidad, por cualquier motivo de contratriedad al Derecho, que no admite excepciones, como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

§400. Circunstancias excepcionales — Finalmente, para medir la extensión del control jurisdiccional del principio de legalidad administrativa hemos de ubicarnos en el tiempo. Es así como numerosas Constituciones y bajo denominaciones distintas (por ejemplo, el derecho de necesidad, el estado de excepción, la teoría de la urgencia, la teoría de las situaciones o circunstancias excepcionales, etc.), consagran la misma idea: en el sentido de que hay, en la vida del Estado, momentos difíciles, de crisis institucional, que tornan necesaria la suspensión provisional del principio de legalidad, que exige la vigencia de un Derecho de excepción durante ese período: cierta categoría de actos van a escapar a las reglas del Derecho que en tiempos normales le rigen de ordinario y que son estrictamente necesarios para asegurar el retorno a la normalidad institucional.

Solo el examen de los diversos puntos de vista que acabamos de indicar, nos permitirá medir en la realidad, la precisa extensión del control jurisdiccional del principio de legalidad administrativa de un país determinado y, por consiguiente, el índice real del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. I *Concepto y Fuentes,* Paredes Editores, Caracas, 2012; Brewer-Carías, A. R., *Principios Fundamentales del Derecho Público,* Cuadernos de la Cátedra Nº 17, EJV, Caracas, 2005 y *Derecho administrativo,* T. I., Ed. Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005; Carré De Malberg, R. *Teoría general del Estado,* Facultad de Derecho-UNAM, México, 1998; De Laubadère, A. Venezia, J. P. et Gaudmet, Y. *Traité de droit administratif,* T. I, 14ª. Ed., LGDJ, París, 1996; García De Enterría, E. y Fernández, T. R. *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004 y *La lucha contra las inmunidades del poder, RAP* Nº 38; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo,* Vol. I, 13ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 11ª Ed., Sirey, París, 1927; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Mayer, O., *Derecho administrativo alemán,* T. I, trad. esp. del original francés de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1949-1951; Merk, A., *Teoría general del derecho administrativo,* Comares, Granada, 2004; Moles Caubet, A. "El Principio de legalidad y sus implicaciones", en *Estudios de Derecho Público,* Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997; Pérez Luciani, G., *El Principio de legalidad,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009; Rivero, J. y Waline, J., *Droit administratif,* 21ª Ed., Dalloz, París, 2006.

SEGUNDA PARTE

LA TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tema 11. Organización Administrativa

Sumario: TEORÍA DEL ESTADO: Introducción. Persona pública. TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Derecho administrativo de la organización. Concepto. POTESTAD ORGANIZATIVA: Introducción. Concepto. Titularidad. Organización y funcionamiento. TEORÍA DEL ÓRGANO: Concepto. Clasificación.

TEORÍA DEL ESTADO

A. INTRODUCCIÓN

I. CONCEPTO

§401. Personalidad jurídica del Estado — En el siglo XIX, la doctrina alemana crea la moderna visión del Estado como persona jurídica (Albrecht / 1837). Luego, la doctrina describe al Estado en función de los diversos elementos que lo componen. Y así se sostiene que es una organización humana, constituida sobre un territorio permanente, donde existe un poder soberano para la creación, definición y aplicación de normas jurídicas para garantizar su adecuada existencia como organización y faciliten el bienestar de todas las personas. Ahora, siendo que el Estado es concebido como una organización, el presente análisis debe partir de un principio dominante en el Derecho público contemporáneo: el Estado como persona jurídica, esto es, como organización personificada.

En efecto, el Derecho administrativo de la organización estudia la creación de los órganos, su estructura interna y las relaciones entre ellos, el procedimiento de actuación y la inserción de las personas físicas en las organizaciones. Dentro de este amplio campo tiene particular interés la teoría de la personalidad jurídica del Estado. Y es que, como señala la doctrina española (A. Gallego Anabitarte), la base teórica del Derecho de la organización y en parte del sistema moderno del Derecho administrativo es la personalidad jurídica del Estado como un todo.

II. MANIFESTACIONES

§402. Plan — El Estado es una persona jurídica, entonces, se plantea: ¿Esa personalidad jurídica cómo se manifiesta? Según la doctrina venezolana

(Brewer-Carías), el problema hay que analizarlo desde dos ámbitos: (i) el ámbito internacional y (ii) el ámbito interno.

§403. Ámbito internacional — Desde el ámbito internacional, la personalidad jurídica del Estado es unívoca, el Estado frente al Derecho internacional tiene personalidad jurídica, el Derecho internacional público así lo reconoce. El Estado tiene personalidad jurídica hacia afuera y actúa como una sola persona. Desde este punto de vista no hay diferencia entre República, Estados federados, Municipios, Institutos Autónomos, etc.

§404. Ámbito interno — Cosa distinta sucede al interior, en el ámbito interno, y de allí que se reconozca que el Estado se subdivide o se clasifica, al interior de Venezuela, desde el punto de vista de los niveles político-territoriales que se reconocen constitucionalmente, y de esa manera el Estado, en este caso, no tiene personalidad jurídica; por tanto, no es el Estado quien está investido de personalidad jurídica, sino la República, los Estados federados y los Municipios.

III. PERSONALIDAD JURÍDICA ÚNICA: COMPETENCIA Y CAPACIDAD

§405. Ámbito — La dogmática alemana también se hubo planteado el tema de la doble capacidad, pues siendo el Estado una persona única o unívoca, sin embargo, puede moverse en dos ámbitos: en el del Derecho público y en el del Derecho privado. Al respecto, la doctrina sostiene que más que doble capacidad se debería hablar de competencia y capacidad, así: (i) competencia en el ámbito del Derecho público; y (ii) capacidad en el ámbito del Derecho privado.

B. PERSONA PÚBLICA

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

§406. Importancia de la calificación — No es preciso que tratemos de demostrar el interés en la determinación de persona jurídica de Derecho público o persona jurídica de Derecho privado, porque no se trata de simples lucubraciones teóricas, sino de calificaciones que tienen consecuencias prácticas muy importantes, con la advertencia de que una cosa es la naturaleza de la persona jurídica en cuestión, y otra muy distinta el régimen jurídico de la actividad que desarrolla, pues como bien lo afirma la doctrina, hay entes públicos que desenvuelven su actividad en el campo del Derecho privado, aun constituyendo aquella su actividad corriente y normal, y a su vez su fin esencial.

En efecto, las consecuencias de la publificación de una persona jurídica –persona pública– atenderán, principalmente, a su posición especial respecto

de la normatividad general (en favor o en contra), al régimen especial de sus bienes, al régimen de sus funcionarios públicos y, por último, al de la responsabilidad.

II. CRITERIOS

§407. Determinación legal — Es indudable que para determinar la naturaleza jurídica de una persona jurídica es necesario consultar la voluntad del legislador que la crea e incorpora a la vida jurídica, cuya voluntad debe ser inequívoca en el sentido de crear *ex-profeso*, para fines de actividad o función administrativa, una persona de distinto carácter a las similares privadas, exclusivamente dedicadas a intereses privados –por demás legítimos–, debiendo responder a fines de mayor trascendencia, a cuyo efecto el Estado debe conservar, sobre él mismo, un control que es de Derecho público.

§408. Teoría del cúmulo de indicios — Ante la ausencia de disposición de la ley fundacional que establezca definidamente el carácter de la persona jurídica creada, y a fin de dilucidar su naturaleza jurídica, se debe, mediante el examen de los principios que rigen la esencia del Derecho administrativo, buscar la solución que armonice con los preceptos básicos del Ordenamiento jurídico-administrativo.

En este sentido, es de particular interés reproducir la doctrina asentada por la Procuraduría General de la República cuando afirma que la posición que mas adeptos cuenta hoy en día es aquella según la cual existen diversos "índicios", "síntomas" o elementos indicativos de la publificación de una persona jurídica, ninguno de los cuales basta por sí solo para catalogarla como persona jurídica pública, sino que se requiere de la concurrencia de varios de ellos, con la advertencia de que no todos poseen igual relevancia y de que la doctrina es cambiante, en cuanto a la importancia atribuida a cada cual.

En efecto, la creación de estructuras subjetivas de Derecho público, según la LOAP, no conlleva necesariamente al reconocimiento de la personalidad jurídica en cada una de ellas. Ello se debe a lo expuesto por la doctrina, en cuanto que la consideración de una estructura subjetiva como de Derecho público viene dada por una serie de elementos que dan sustento a la teoría del cúmulo o repertorio de indicios (*fesseau d'indices*).

Finalmente, la importancia de determinar o no la personalidad jurídica –cuyo concepto tiene origen en el Derecho privado– radica en que una estructura subjetiva de Derecho público permite determinar, conforme a la LOAP, la relación de tutela orgánica o de tutela material –respectivamente– que lo vincula a la Administración Pública, relación que indicará el mayor o

menor grado de independencia o de autonomía que mantiene con el órgano de adscripción (Arts. 115, 116, 117, y 121 *eiusdem*).

§409. Derecho positivo — La creación de estructuras subjetivas de Derecho público, según la LOAP, no conlleva necesariamente al reconocimiento de la personalidad jurídica en cada una de ellas; ello debido con apoyo a lo expuesto por la doctrina, con respecto a que la consideración de una estructura subjetiva, como de Derecho público, viene dada por una serie de elementos dentro de los cuales destacan:

- Origen: que su acto de creación sea de naturaleza pública.
- Fines: que los fines por los cuales fue creada o las funciones que cumpla sean de carácter público.
- Actividades: que las funciones, prerrogativas, competencias o atribuciones sean específicas y propias.
- Organización: que se encuadre en una organización administrativa.
- Régimen jurídico: que sea predominantemente de Derecho público.

III. BASE CONSTITUCIONAL

§410. Consagración constitucional — Cuando la Constitución de 1999 trata del Poder Público, la primera institución que menciona es la Administración Pública; sin embargo, no contiene una definición de ella sino, por el contrario, alude a unos rasgos conceptuales, y en definitiva al deber ser de la Administración Pública. Es así como se introdujo un nuevo marco constitucional sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública.

En efecto, la regulación sobre la Administración Pública está en la propia Constitución, en la cual, en el Capítulo I relativo a "De las disposiciones generales", del Título IV sobre "El Poder Público", se encuentra una Sección Segunda relativa específicamente a "De la Administración Pública" que se refiere a tres grandes temas: (i) los principios de la Administración Pública (Art. 141); (ii) la creación de las entidades descentralizadas (Art. 142); y (iii) la regulación del derecho a la información y de acceso a los documentos oficiales (Art. 143).

Entonces, ¿cuáles son, según la Constitución, los caracteres constitucionales de la Administración Pública? Pasaremos a realizar su análisis, de seguidas, siguiendo el tratamiento de la doctrina española (Meilán Gil).

IV. CARACTERES

§411. Poder jurídico — Desde distintas perspectivas se ha subrayado el cambio que se ha operado en la concepción contemporánea de la Administración

Pública y que tiene base constitucional. La Administración Pública es un Poder jurídico, en cuanto que las referencias que la Constitución contiene revelan el carácter necesario de la misma como elemento de organización del Estado, lo cual significa, en otras palabras, su carácter permanente y estable desde el punto de vista de su cometido constitucional dentro del Estado, ligado al ejercicio de la función administrativa que corresponde, en principio y de modo preferente, al Poder Ejecutivo (Art. 136 de la C).

Por tanto, a la Administración Pública se la concibe dotada de potestades o prerrogativas exorbitantes de poder público que no poseen las personas –tales como: las de policía, fiscal, expropiatoria, etc.– que ejerce un poder de *imperium* derivado de la soberanía del Estado y que se justifica para el cumplimiento de los fines del Estado fijados por la Constitución y se rige por unas normas y régimen jurídico exorbitantes al Derecho común.

§412. Poder estructural — La Constitución hace referencia a un Poder estructural o concepto de estructura orgánica, estando la Administración Pública referida, desde ese punto de vista, a una pluralidad de sujetos públicos que se encuentran diseminados en todo el articulado de la Constitución, de muy distinta índole, con muy distintas funciones. Por consiguiente, la Administración Pública (en singular), no solo está insertada dentro del Poder Ejecutivo (Art. 225 de la C), sino que comprende a las distintas Administraciones Públicas (en plural) para referir su complejidad actual, y de manera específica, aquellas que ostentan rango constitucional –Poder Ciudadano y Poder Electoral– (Art. 136 de la *C*).

§413. Poder servicial o vicarial — La Administración Pública no es una organización cualquiera sino que es un Poder servicial por determinación constitucional, cuando la Constitución la aborda desde una perspectiva funcional u objetiva, en el artículo 141 de la C, al prescribir que: "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas". En tal sentido, la Constitución consagra a la Administración Pública desde una nueva perspectiva función vicarial, en el sentido que las clásicas potestades públicas devienen instrumentos de servicialidad para hacer posible la realización eficaz de los fines existenciales de la persona.

Por tanto, el Art. 141 de la C destaca el aspecto vicarial de la Administración Pública caracterizándola de una forma singular, no aplicable, por tanto, en un sentido institucional, a las otras organizaciones que ejercen el Poder Público.

§414. Poder subordinario — Finalmente, otro elemento de la concepción constitucional de la Administración Pública es el carácter de ser un complejo orgánico que ejerce el Poder Público, pero instrumental y subordinario, con

sometimiento pleno al Derecho. El precepto constitucional 141 establece expresamente que la Administración Pública debe actuar "con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

§415. Poder no personificado — Finalmente, se observa que se ha polemizado, y no hay conformidad, acerca de si la personalidad jurídica hay que referirla solo al Estado, o más ampliamente a la Administración Pública.

Un sector de la doctrina española (García de Enterría) sostiene que la Administración Pública es el aparato organizado del Estado que, en sujeción a la ley, interviene en numerosos ámbitos de la vida cotidiana y al hacerlo, entabla numerosas relaciones jurídicas con las personas. De esta constatación se deriva la consecuencia de su personificación jurídica.

Al respecto, otro sector de la doctrina española (Garrido Falla) niega la personalidad jurídica de la Administración Pública, pues esta es una alternativa organizadora, y la realidad prueba que hay organizaciones públicas no personificadas –Asamblea Nacional, Poder Judicial, Defensoría del Pueblo, etc.– que realizan también una actividad administrativa en virtud de la cual aparecen como titulares activos o pasivos de relaciones jurídicas y que la ausencia de atribución expresa de personalidad no les impide ostentar esas titularidades.

TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A. DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA ORGANIZACIÓN

§416. Planteamiento — Un sector de la doctrina pretendió construir el Derecho administrativo sobre la base de un criterio subjetivo que por sí solo sintetizara la esencia de todo el Derecho administrativo. Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo sería el régimen estatutario común de unos sujetos que se denominan Administraciones Públicas. En eso consiste el criterio subjetivo del Derecho administrativo: en identificar esta rama del Derecho con el estatuto de los sujetos que se llaman Administraciones Públicas.

Por eso, a la primera pregunta de ¿quién administra? hay que responder que quien administra son un conjunto de sujetos públicos, de muy diversa naturaleza. De esa manera, y a los efectos del análisis, desde esta perspectiva de los sujetos de Derecho administrativo, la cuestión más relevante a la que debe enfrentarse el estudio del Derecho administrativo contemporáneo, es la aparición de un elevado número de personas jurídicas creadas instrumentalmente pues, por razones de diversas circunstancias históricas, el Estado ha tenido que dar respuesta, no solo jurídica sino también desde el punto de vista institucional, a las nuevas realidades, a los nuevos fenómenos sociales.

§417. Materia — La materia de la organización administrativa es, en los momentos actuales, una de las máximas preocupaciones de todos los Ordenamientos jurídicos, pues estos engloban los elementos siguientes: pluralidad de sujetos, conjunto de normas y organización propia, todos ellos esenciales, si bien este último es el dato primero. En tal sentido, varios son los rasgos fundamentales que caracterizan a la organización administrativa o a la situación subjetiva de las Administraciones Públicas en el Derecho administrativo contemporáneo.

El primer rasgo fundamental tiene que ver con la importancia que el fenómeno de las organizaciones ha llegado a tener en nuestra sociedad, hasta tal punto que se afirma que la época actual se caracteriza como el periodo de las organizaciones.

El segundo rasgo fundamental hace referencia a la dispersión en cuanto al número y la forma de organizaciones personificadas que han aparecido en el Derecho administrativo, a través de las cuales el Estado ha ido asumiendo la gestión o la satisfacción de los intereses públicos.

El tercer rasgo fundamental que caracteriza a la organización administrativa actual tiene que ver con la atribución de esferas de autonomía funcional de rango constitucional a algunas Administraciones Públicas, según analizaremos en el Tema 9.

El cuarto rasgo fundamental, está relacionado con la preocupación por la garantía que ocupa un papel central hasta configurar el Derecho administrativo como un sistema de garantías. Como muy bien señala la doctrina española (Meilán Gil), la organización de la Administración Pública constituye una auténtica garantía para el particular, por tanto, observamos que la teoría de la organización administrativa no es solo una cuestión doméstica de la Administración Pública, pues trasciende inevitablemente hacia afuera, hacia el ámbito propio de las personas.

Finalmente, señala también Meilán Gil, por cuanto la teoría de la organización administrativa se traduce en normas jurídicas, ello va a revelarse en una determinada concepción del Estado y de la convivencia política. Por ello es indudable que cuando un Estado opta, por ejemplo, por la fórmula de la centralización o de la descentralización de las decisiones, la organización administrativa tendrá un sentido jurídico determinado distinto al de otras opciones posibles.

I. CONTENIDO

§418. Organización administrativa — Es sabido que el Derecho administrativo contemporáneo tiene, en su sistematización, una parte que se denomina comúnmente organización administrativa referida al sector público que da lugar a una teoría general de la organización administrativa (De Laubadére, Chapus), doctrina de la organización administrativa (García Oviedo) o, en fin, tratado de la organización (Vallina Velarde).

En este orden de ideas, para algunos autores, por ejemplo Gallego Anabitarte, el Derecho que rige la organización administrativa y también a la Administración Pública ha adquirido autonomía científica, y por eso se habla de un Derecho Administrativo de la Organización o de un Derecho de Organización Administrativa, que estudia los conceptos y principios fundamentales, así como los órganos superiores de la organización del Estado.

II. NORMAS ORGANIZATIVAS

§419. Naturaleza jurídica — Un aspecto importante que preocupó por mucho tiempo a la doctrina es el de la naturaleza jurídica de las normas que regulan la organización, y concretamente, el tratar de responder a la pregunta de si son jurídicas o no. Después de una lenta evolución, la tendencia doctrinal es afirmar que, desde el momento en que la norma organizativa o de organización sale de la organización administrativa interna y puede hacerse valer por las personas, se debe hablar de su carácter jurídico (J. A. García-Trevijano Fos). La organización, y las normas que la rigen, por tanto, tienen carácter jurídico siempre y cuando tengan relevancia frente a terceros.

§420. Origen — Las normas organizativas pueden derivar de tres orígenes distintos: (i) las normas fundamentales son aquellas que se contienen en las Constituciones; (ii) inmediatamente después se colocan las normas primarias que son aquellas que proceden del Poder Legislativo y se dirigen a la organización; y por último (iii) las normas secundarias, es decir, las que proceden del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública (García-Trevijano Fos), como los reglamentos orgánicos de los Ministerios (PGR).

B. CONCEPTO

I. COMÚN

§421. Administrar — Como cuestión previa vamos a efectuar un análisis del concepto y de las acepciones de la palabra administración en el lenguaje común u ordinario. Si tomamos el diccionario de la Real Academia, lo primero que vemos es que el concepto de administración se define en una de sus acepciones como acción y efecto de administrar; y si a la vez nos remitimos

al vocablo administrar, una de sus acepciones, tal vez la más connotada, es el manejo de un patrimonio.

II. ETIMOLÓGICO

§422. Plan — Tenemos por otra parte que Administración Pública es una expresión constituida por dos términos: (i) un sustantivo que es la Administración (con mayúscula); y (ii) un calificativo que es Pública (generalmente es con minúscula, pero a partir de la constitucionalización de la nomenclatura en nuestro país se ha de escribir con mayúscula).

§423. Administración — Cuando hablamos desde el punto de vista de sus raíces etimológicas, "Administración" proviene de las raíces latinas "*ad*" y "*ministrare*" que denota servir, o más correctamente de la contracción de las palabras *ad manus trahere*, que implica la idea de manejo o de gestión.

De modo que, desde este punto de vista, el término "Administración" está referido al sentido de gestión de intereses o asuntos, pero sobre todo ajenos, esto es, de los de la colectividad, de modo que la expresión "Administración" lleva inherente el concepto de gestión subordinada, el carácter vicarial o servicial de la Administración Pública, esto es, servir a otros, servir a intereses ajenos.

§424. Pública — En segundo lugar, el calificativo de "Pública" alude a una condición de servicio al público, al pueblo, a la sociedad. Entonces, etimológicamente, "Administración Pública" alude a la gestión de asuntos o intereses de la sociedad.

III. JURÍDICO

§425. Plan — El término administración es también usado en la literatura jurídica en dos sentidos diferentes: (i) en el sentido objetivo o material y (ii) en el sentido subjetivo u orgánico.

§426. Sentido objetivo — El término "administración" (con minúscula) está referido a la actividad, tarea o función de administrar del Estado; quiere significar al conjunto de actos y operaciones que realiza el Estado y, desde ese punto de vista, estamos identificando este carácter objetivo con una de las funciones jurídico-estatales como lo es la función administrativa.

§427. Sentido subjetivo — El término "administración" ahora está referido al cuerpo o conjunto de entes u órganos ordinariamente encargados de ejercer la expresada actividad o función de administrar del Estado, alude a las estructuras conformadas por órganos y entes que integran el complejo orgánico del Estado. Ese cuerpo o conjunto de entes u órganos constituye la

Administración (con mayúscula), o más técnicamente, lo cual coincide con el enfoque constitucional, Administración Pública (Arts. 141, 143, 144, 146 y 147 de la C).

Además, la idea de organización administrativa está unida, tanto conceptualmente como en la práctica, al ejercicio del Poder Público, en cuanto que es indispensable que este disponga de unos medios para la realización de la satisfacción de los fines de interés general. Pero para ello debe disponer de unos recursos humanos, financieros y materiales y establecer un sistema de articulación entre ellos. Desde este punto de vista señala la doctrina venezolana (Brewer-Carías), que la organización administrativa se constituye como instrumento de la acción política del Estado, en tanto y en cuanto está conformada por un conjunto de órganos e instituciones que persiguen fines de interés público.

Desde este punto de vista, tenemos que la Administración Pública es la estructura orgánica y jerarquizada que asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz realización del interés público.

POTESTAD ORGANIZATIVA

A. INTRODUCCIÓN

§428. Sentidos — El examen de la organización administrativa presenta un doble sentido: (i) el sentido estático o analítico, consistente en el análisis de cómo están articulados los órganos de la Administración Pública; y (ii) la dinámica del problema que responde a la pregunta de quién puede crear, modificar o suprimir órganos, atribuir competencias, coordinar su actividad. Este segundo sentido es el que responde a la llamada potestad organizativa como conjunto de poderes que la Administración Pública ostenta para organizar su estructura, y que comparte con los Poderes constituyente y legislativo.

B. CONCEPTO

§429. Potestad administrativa — La potestad organizativa es el conjunto de poderes o potestades que la Administración Pública ostenta para configurar su estructura. Se distingue de las otras potestades administrativas por carecer de un contenido homogéneo, ya que comprende todas las potestades públicas encaminadas a la creación, configuración, puesta en marcha y supresión de las organizaciones administrativas.

§430. Derecho positivo — La LOAP al determinar el régimen jurídico sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública, obliga a su observancia en dos ámbitos de importancia fundamental en la actuación de

la Administración Pública: (i) el referido al ejercicio de la potestad organizativa; y (ii) el concerniente a los principios y mecanismos que debe observar la Administración Pública durante el ejercicio de la función administrativa.

C. TITULARIDAD

§431. Consagración constitucional — La Constitución de 1999 prevé una separación entre: por un lado, la potestad del Poder Legislativo Nacional para regular los principios y bases de la organización y funcionamiento de la Administración Pública y, en particular, para regular las bases de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, central y descentralizada funcionalmente del Poder Nacional (Art. 156, num. 32 en concordancia con el Art. 187, num. 1); y por el otro, la potestad del Poder Ejecutivo Nacional para fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros (Art. 236, num. 20).

A continuación, concretamos el desarrollo de estas líneas organizativas:

- En primer lugar, la creación, modificación y supresión de órganos y entes se encuentra afectada por una reserva legal bastante amplia. Así se establece para los Institutos Autónomos (Art. 142 de la *C*), y en la práctica, la creación de los institutos públicos con régimen jurídico especial también se realiza por ley formal. Sin embargo, la creación de las empresas del Estado se atribuye al Poder Ejecutivo.
- En segundo lugar, la creación, modificación y supresión de órganos es una potestad repartida entre la ley y el reglamento, si bien con claro predominio del segundo. La comprensión de la regulación en los diversos niveles territoriales exige su estudio individualizado.
- Por último, en la Administración Pública Central, la Constitución exige norma con rango de ley formal para la regulación del Gobierno (Art. 98) y del Consejo de Estado (Art. 251); mientras que la "organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado es competencia del Poder Público Nacional". Los demás órganos son "creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley" (Art. 156, num. 32 de la C).

D. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

§432. Derecho positivo — La LOAP establece el régimen jurídico que rige las relaciones entre la Administración Pública y las personas, incluidos los estados, distritos metropolitanos y municipios, quienes deberán desarrollar su contenido dentro del ámbito de sus respectivas competencias (Art. 2 de la LOAP), así como entre cada uno de los órganos y entes integrantes de esta; teniendo además un carácter de aplicación supletoria a los demás órganos y entes del Poder Público cuando estos se desempeñan en el ejercicio de la función administrativa.

La intención del legislador al establecer en los Arts. 1, 2, 3, 4 y 6 *eiusdem* el objeto, el ámbito de la LOAP, la vinculación de la Administración Pública a los principios, valores y normas constitucionales, y la sujeción al principio de legalidad, así como las garantías ofrecidas a los personas, indicando siempre en cada uno de dichos artículos, es la referencia específica a los términos organización y funcionamiento de la Administración Pública.

Así tenemos, como ya lo hemos también señalado, dos ámbitos de regulación diferenciados en la Ley:

- El ámbito material: referido al funcionamiento de la Administración Pública en el sentido que éste hace referencia a las técnicas para el ejercicio de la competencia, lo cual permitirá el logro de los fines trazados a la Administración Pública.
- El ámbito subjetivo: vinculado al concepto de organización, el cual se comienza a definir a partir de la creación de las estructuras subjetivas de Derecho público.

TEORÍA DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

A. CONCEPTO

I. ANTECEDENTES

§433. Importancia — El primer sujeto del Derecho administrativo es pues, siempre, la Administración Pública. Sin embargo, cuando aludimos a la Administración Pública como sujeto no podemos referirnos a ella en forma absoluta sin tener en cuenta que su actividad, como cualquiera del Estado, se manifiesta a través de sus órganos o entes, a través de los cuales desarrolla la función administrativa.

A ellos alude frecuentemente, por ejemplo, la LOPA, no obstante la diversidad de terminología: el organismo (Arts. 49 y 86); organismo, entidad o autoridad administrativa (Art. 2), o más generalmente, órganos de la Administración Pública (Art. 5).

§434. Teorías — Lo expuesto conduce, siquiera brevemente, a referirnos a la teoría del órgano administrativo, previa referencia a las diversas posiciones que han pretendido dar cabal explicación al mismo, en cuanto constituye para la Administración Pública un *prius* lógico, un antecedente, es decir: si no existe una organización jurídica legítima no puede haber una actuación administrativa válida (presupuesto procedimental).

§435. Teoría del mandato — La primera teoría que esgrimió la doctrina fue recurriendo a la existencia de un mandato; las personas físicas serían los

mandatarios de la persona jurídica y esta su mandante (teoría del mandato). El instituto del mandato explicaría, pues, la impugnación y sus consecuencias.

Al respecto, se señala que la explicación no es satisfactoria, porque la admisión de la teoría implica aceptar que la persona jurídica puede manifestar de antemano su voluntad, al otorgar el mandato. Se presupone desde el origen lo que se requiere y, por esta vía, queda sin explicación el punto de partida.

§436. Teoría de la representación legal — Posteriormente, la doctrina acudió, entonces, a la teoría de la representación legal de las personas jurídicas por las personas físicas. La teoría de la representación responde diciendo que el funcionario público es un representante de la Administración Pública, en virtud de un acto de nombramiento con una serie de modalidades (voluntaria, necesaria e institucional (Villar Palasi).

II. TEORÍA DEL ÓRGANO

§437. Concepto — Finalmente, aunque surge formalmente con la doctrina alemana (Gierke / 1874) para explicar la actuación de la persona jurídica, la teoría del órgano tiene remotos antecedentes. Como quiera que la organización administrativa es una abstracción ha de actuar a través de personas físicas. Con esto se plantea el problema de la teoría del órgano, fundamentalmente en dos posiciones extremas: (i) la objetiva, según la cual el órgano sería un centro de competencias, un centro de atribuciones, independientemente de las personas físicas; y (ii) la subjetiva según la cual órgano sería la persona física; es decir, los titulares que manifiestan la voluntad de la organización administrativa (García-Trevijano Fos).

§438. Características — A pesar de que se pueda pensar que la teoría del órgano estaría superada, la doctrina le asigna cuatro características fundamentales en cuanto es la única que nos explica:

- El fenómeno de la fragmentación de la organización administrativa.
- La relación jurídica entre la Administración Pública y los terceros a través de sus órganos y las relaciones técnico-jurídicas entre los distintos órganos de la misma organización administrativa.
- El fenómeno de la imputación fundamental en el Derecho administrativo.
- Y por último, la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

§439. Elementos — Se observa que el problema es que existe la Administración Pública y existe también el funcionario público. No hay, pues, una relación bilateral como pretende la teoría del órgano y de la representación, sino una relación triangular. Ello induce a la doctrina a pasar de la construcción

bilateral, de la construcción de la identificación que implica la teoría del órgano, a la construcción trilateral. Entre la Administración Pública y el órgano hay una relación de identificación, pero entre el funcionario y el órgano hay una relación de servicios modelada según criterios distintos (Villar Palasi).

Por su parte, la doctrina prevalente iuspublicista entiende que el concepto de órgano comprende dos elementos: (i) el conjunto de cometidos y facultades: objetivo o centro de competencia (García–Trevijano Fos), órgano-institución (B. Villegas Basavilbaso), esferas de competencias (M. Marienhoff), órgano jurídico (A. Gordillo); y (ii) las personas llamadas a ejecutarlas: subjetivo o persona física (García–Trevijano Fos), órgano-individuo (Villegas Basavilbaso), personas físicas (Marienhoff) y órgano físico (Gordillo).

§440. Instrumento jurídico — De lo expuesto conviene precisar: el órgano es el instrumento jurídico de actuación de las organizaciones personificadas; por él, estas manifiestan su voluntad orgánica o normativa. El órgano integra la persona jurídica, pero no es persona jurídica. Por consiguiente, no es sujeto de Derecho. No se concibe ni puede existir un órgano aislado, no integrando una persona jurídica.

Ahora, si bien el órgano no es sujeto de Derecho, posee facultades y atribuciones que le están atribuidas por el Derecho positivo. Por tanto, el órgano ejerce las competencias de la organización personificada; la organización personificada actúa a través del órgano. No hay, pues, dualismo entre órgano y organización, sino que la actuación del órgano se imputa directamente a la persona jurídica pública. Hay identidad entre el órgano y la organización personificada (Gallego Anabitarte).

B. CLASIFICACIÓN

I. LEGAL

§441. Derecho positivo — El principal problema organizativo de las Administraciones Públicas es el de la determinación de los criterios de imputación o atribución de la actividad de las personas físicas, integradas en la Administración Pública, a la correspondiente persona jurídica pública. No todo funcionario público vincula a la organización en la que presta servicios, sino aquellos que actúan como titulares de ciertas unidades administrativas.

Actualmente, el Art. 15 de la LOAP distingue entre:

- Las unidades administrativas
- Los auténticos órganos administrativos
- Los entes
- Las misiones

II. DOCTRINAL

§442. **Plan** — La disposición de órganos administrativos y de los posibles criterios clasificatorios ha producido una enorme tipología de los mismos. Limitándonos a los más usuales y descriptivos del Derecho positivo destacamos los criterios siguientes: (i) jerarquía, (ii) integración; (iii) objeto; (iv) territorio; (v) funciones.

§443. **Jerarquía: rango** — Desde el punto de vista del rango se clasifican en: (i) órganos constitucionales, si se encuentran regulados por el propio Texto Fundamental; y (ii) no constitucionales, que son aquellos que se encuentran regulados mediante leyes o reglamentos.

§444. **Jerarquía: nivel** — Según su situación o nivel en la estructura de la organización administrativa, los órganos se clasifican en: (i) los órganos inferiores, son aquellos de los que no dependen otros órganos, esto es, los inferiores dentro de la escala jerárquica; y ii) los órganos superiores, en cambio, son los que ejercen jerarquía sobre uno o más órganos diferentes.

§445. **Integración** — Por razón de la integración de su titular se distingue entre: (i) los órganos unipersonales: son aquellos cuyo titular es una persona física; y (ii) los órganos colegiados: son los que están integrados por un conjunto de personas que concurren a la formación de sus decisiones u opiniones. La diversa estructura tiene enormes consecuencias en el procedimiento de adopción de decisiones, mucho más ágil e informal en los primeros, que en los segundos (Arts. 26 y 27 de la LRJPAC).

§446. **Objeto** — Según el objeto que se les atribuya serán: (i) los órganos generales cuando ostentan una competencia genérica en alguna materia no atribuida a otro; y (ii) los órganos especiales cuando se circunscriben a una materia especial o determinada.

§447. **Territorio** — Atendiendo a su ámbito territorial, los órganos se clasifican en: (i) los órganos centrales o nacionales: son los que tienen competencia en la totalidad del territorio donde puede actuar; y (ii) los órganos periféricos o locales: son los que actúan sólo en una porción de dicho territorio.

§448. **Funciones** — Por el tipo de actividad los órganos se distinguen entre: (i) los órganos activos: son los que desempeñan funciones de gestión; (ii) los órganos consultivos: son los que desempeñan funciones de informe y de consulta; y (iii) y los órganos de control, según desempeñen funciones de vigilancia de otros órganos administrativos o incluso de las personas, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., *Fundamentos de la Administración Pública,* T. I, 2ª Ed., Colección Estudios Administrativos Nº 1, EJV, Caracas, 1984 y *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Colección Textos Legislativos, Nº 24, EJV, Caracas, 2002; Gallego Anabitarte, A., "Constitución y política", Apéndice a Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983, *Derecho general de organización,* IEA, Madrid, 1971 y *Lecciones de derecho administrativo I,* Marcial Pons, Madrid, 2000; García De Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; García-Trevijano Fos, J. A., *Tratado de derecho administrativo,* T. II, Vol. I, 3ª Ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 13ª. Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Giannini, M. S., *Derecho administrativo*, 1ª Ed. española, MAP, Madrid, 1991; Hernández g, J. I., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela,* EJV, Caracas, 2011; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Meilán Gil, J. L., "El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en España", en *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*, Quito, Ecuador, 2006 y Prólogo a la obra de Gallego Anabitarte, A., *Derecho General de Organización,* IEP, Madrid, 1971; Moles Caubet, A., "La personalidad jurídica del Estado", en *Estudios de Derecho Público*, UCV, Caracas, 1997; Villar Palasi, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1986; Vedel, G., "Les bases constitutionnelles du Droit Administratif", en *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* núm. 8 (1954).

Tema 12. Principios Organizativos

Sumario: PRINCIPIOS ESENCIALES: Introducción. Principio de legalidad. Principio de tutela al servicio del interés público. Principio de subordinación. Principio de la competencia. Principio de jerarquía. Principio de coordinación. PRINCIPIOS EXISTENCIALES: Principio de descentralización. Principio de participación.

PRINCIPIOS ESENCIALES

A. INTRODUCCIÓN

§449. Ámbito subjetivo — Como cuestión previa debemos pronunciarnos en torno al ámbito subjetivo de aplicación del Art. 141 de la C, sobre el cual pudieran surgir varias posiciones.

Una posición se refiere a que su ámbito subjetivo de aplicación se circunscribe a la Administración Pública de la persona jurídica pública mayor del Estado, esto es, la República. Esta sería una interpretación literal puesto que la Constitución habla de la Administración Pública en singular. La otra posición señala más correctamente a nuestro entender, que el citado Art. 141 de la C es de aplicación a todas las Administraciones Públicas, por las razones siguientes: (i) por cuanto el mismo está integrado sistemáticamente en el Título IV del Poder Público, Capítulo I "De las Disposiciones Fundamentales", Sección Segunda "De la Administración Pública"; y (ii) en tanto que los principios de organización son reglas de aplicación universal, generalmente admitidas y, por tanto, su aplicación a todas las Administraciones Públicas es incuestionable.

Esta es la posición asumida por el legislador cuando al sancionar la reforma de la LOAP en su Art. 2 referido a su ámbito subjetivo de aplicación consagra:

> Las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica serán aplicables a la Administración Pública, incluidos los estados, distritos metropolitanos y municipios, quienes deberán desarrollar su contenido dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

§450. Carácter vinculante — En el Título II de la LOAP se incluyeron los principios más importantes del funcionamiento y de la organización de la Administración Pública, con el propósito de orientar el desarrollo institucional que requiere. Pero hay que advertir que estos principios no tienen un carácter únicamente educativo, por el contrario, son exigibles, son vinculantes para los órganos y funcionarios públicos de la Administración Pública y

su incumplimiento debe acarrear las consecuencias jurídicas previstas en el Ordenamiento jurídico.

En general, los principios del funcionamiento y de la organización de la Administración Pública son desarrollados por los Arts. 3 al 43 de la LOAP, ambos inclusive.

B. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§451. Consagración constitucional — El Art. 141 de la C reafirma el principio de legalidad, cuestión que no es ociosa dadas las dudas que, históricamente, se han originado sobre la legalidad de las normas de la organización administrativa pública. Este aspecto que se destaca en el precepto es la faceta relacional típica en que se manifiesta la Administración Pública. Como se establece expresamente, la Administración Pública actúa "con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

En efecto, el Art. 141 *eiusdem* alude al principio de legalidad, y entonces, aquí se plantea, no el sometimiento de la Administración Pública (organización y actividad administrativas) a una categoría o a una ciencia o disciplina específica (Derecho administrativo, o Derecho público o Derecho privado), sino, "con sometimiento pleno a la ley y al derecho". Con ello se quiere significar a cualquier fuente jurídica, no solo la que se le impone desde afuera a la Administración Pública como institución subordinada al Poder Legislativo a la que, como manifestación sublime de la voluntad soberana, se reconoce la preeminencia de la ley sobre la Administración Pública y, de consiguiente, del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

§452. Consagración legal — Por su parte, la LOAP establece que la Administración Pública se organiza y actúa conforme al principio de legalidad –Art. 4, *eiusdem*– y tiene como principal objetivo de su organización y funcionamiento dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos –Art. 5, *eiusdem*.

En tal sentido la asignación, distribución y ejercicio de las competencias –como ámbito válido de actuación– por parte de los órganos y entes administrativos deberán sujetarse a la Constitución, a las leyes y a los demás actos de carácter normativo, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a todas las personas.

C. PRINCIPIO DE TUTELA AL SERVICIO DEL INTERÉS PÚBLICO

§453. Consagración constitucional — Un aspecto de la concepción constitucional de la Administración Pública son los fines de interés público. El interés público es la razón de ser de la Administración Pública. Hemos hablado antes del principio de tutela al servicio del interés público como la traducción al Derecho administrativo de la idea filosófica del "bien común". Así, en el articulado de la Constitución, las constantes referencias de las distintas manifestaciones de la Administración Pública, siempre aluden a un elemento finalista, por ejemplo: el Estado "garantizará" (Art. 19 de la C), el Estado "tendrá la obligación" (Art. 30 de la C), el Estado "protegerá" (Art. 75 de la C), etc., los cuales se logran a través de la Administración Pública, por lo cual ostenta innumerables prerrogativas o potestades de Poder Público que la ubican en un plano de supremacía necesario para el cumplimiento de los mismos (Véase Sent. Nº 104 del TSJ/SC, de fecha 21 de noviembre de 2000).

En efecto, como sostuvo la jurisprudencia, el interés público como categoría jurídica que legitima la actuación de las Administraciones Públicas del Estado (Véase Sent. Nº 161 del TSJ/SC, de fecha 1 de febrero de 2002) y en que se inspiran las normas del Derecho administrativo, justifica ciertas prerrogativas de Poder Público de las que gozan para el cumplimiento efectivo de sus fines (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de mayo de 1966, GF Nº 52, 1966, pp. 108-113) que ubican a las autoridades públicas en un plano de superioridad necesario para el cumplimiento de sus fines, denominado principio de supremacía, pero estándole prohibido actuar de forma arbitraria o violar los derechos fundamentales de las personas (Véase Sentencia Nº 1401 del TSJ/SC, de fecha 21 de noviembre de 2000).

La exigencia de que la función de la Administración Pública persiga, en todo momento, la realización del interés público fue incorporada a la Constitución de 1961 (Art. 206 de la C) (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 14 de junio de 1982, en RDP, Nº 11, p. 134; 13 de agosto de 1986, en RDP, Nº 28, p. 92; de la CSJ/SPA, de fecha 15 de noviembre de 1982, en RDP, Nº 12, p. 134; y Nº 825 del TSJ/SC, de fecha 6 de mayo de 2004) y que reitera el vigente Art. 259 de la C al facultar a la jurisdicción contencioso administrativa para anular los actos administrativos, incluso por desviación de poder (Art. 259 de la C). (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 14 de junio de 1982, RDP Nº 11, p. 134; 13 de agosto de 1986, RDP Nº 28, p. 92; y de la CSJ/SPA, de fecha 15 de noviembre de 19-82, RDP Nº 12, p. 134).

D. PRINCIPIO DE SUBORDINACIÓN

§454. Concepto — Otro aspecto de la concepción de la Administración Pública en la Constitución es el carácter de ser una institución subordina-

da. En este sentido, se revela la Administración Pública desde un plano de subordinación al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. En consecuencia, si hay un plano de subordinación del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, esa suerte la corre también la Administración Pública que forma parte del Poder Ejecutivo. Con esto no se está diciendo que las Administraciones Públicas que se encuentren fuera del Poder Ejecutivo no estén también subordinadas al Poder Legislativo.

En consecuencia, el principio de legalidad se constituye en el fundamento mismo de la función administrativa, de modo que la Administración Pública solo podrá actuar como tal, cuando, como y en la medida en que lo haya prescrito el Ordenamiento jurídico.

E. PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA

I. CONCEPTO

§455. División del trabajo — No hay duda de que el concepto de competencia es decisivo para la idea de Estado de Derecho, pues supone la juridificación del ejercicio del poder (García Pelayo). La competencia es considerada como uno de los principios jurídicos de la organización administrativa, en cuanto a que viene a representar la traducción jurídica del principio puramente técnico de división o especialización del trabajo consustancial a toda organización (Villar Palasi).

En efecto, el principio de división del trabajo, básico en toda organización, determina la distribución de las competencias entre las distintas Administraciones Públicas. Lógicamente, la atribución expresa de competencias administrativas a un órgano o ente público produce la correlativa restricción de la capacidad de los demás. De forma que la invasión del ámbito competencial de una Administración Pública por otra, determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo dictado (Art. 19, num. 4 de la LOPA).

II. CARACTERES

§456. Consagración legal — La LOAP define la competencia (Art. 26) a través de sus elementos característicos, y en tal sentido prevé que la competencia de los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

§457. Principio de la irrenunciabilidad — La competencia no puede ser renunciada, ni extendida por acuerdo de partes, ya sea entre administrados, ni entre estos y la Administración Pública.

§458. Principio del ejercicio directo — Junto al principio de irrenunciabilidad se formula otro principio distinto como lo es el del ejercicio directo de la competencia por su titular, y por tal razón no puede delegarse, salvo autorización de texto expreso, que a su vez es de interpretación estricta.

§459. Principio de la improrrogabilidad — Tampoco la competencia puede ser ampliada o extendida.

§460. Principio de la inderogabilidad — Por último, la competencia no podrá ser derogada por acuerdo de partes, ya sea entre administrados, ni entre estos y la Administración Pública, salvo en los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos (Art. 26 de la LOAP).

III. MODALIDADES Y TÉCNICAS

§461. Consagración legal — En cuanto al concepto de competencia, la LOAP establece las técnicas y modalidades para su ejercicio. En tal sentido define bajo la denominación de principios a las técnicas de cooperación y de coordinación. Establece el concepto de competencia, y sus posibles mecanismos de desviación como lo son la desconcentración y la descentralización, en sus modalidades funcional y territorial, estableciendo los límites materiales y formales para su ejercicio y precisa el concepto de jerarquía, avocación, y de encomienda de gestión (Arts. 28, 41 y 38, *eiusdem*).

§462. Técnicas de cooperación — Son las más respetuosas con la autonomía de los entes públicos. Atendiendo a las que se practican, tradicionalmente, en países fuertemente descentralizados y las que se han desarrollado, se clasifican en: (i) técnicas orgánicas de cooperación; y (ii) técnicas orgánicas funcionales.

§463. Técnicas orgánicas de cooperación — Las técnicas orgánicas de cooperación más importantes son:

- La participación de los entes territoriales en las decisiones del Estado, mediante su integración en órganos de este (por ejemplo, el Consejo Federal de Gobierno creado por el Art. 185 de la C).
- La creación de órganos específicos de cooperación. Así se constituyen conferencias de responsables políticos y administrativos de carácter periódico, o se han creado órganos específicos como el Consejo de Estado (Art. 251 de la *C*).

- Los supuestos de Administración Pública mixta, que consiste en la creación de órganos y entes financiados conjuntamente y que prestan servicios a varios entes públicos (por ejemplo, las mancomunidades consagradas en el Art. 170 de la C).

§464. Técnicas orgánicas funcionales — Entre las técnicas orgánicas funcionales cabe destacar:

- Técnicas de cooperación normativa, en cuya virtud la regulación de una materia se efectúa por escalones separados, cuyo desarrollo corresponde a dos o más entes públicos. A título de ejemplo cabe citar el supuesto en que el Estado tiene atribuida la legislación de base y de los Estados federales la legislación de desarrollo (Art. 165 de la *C*).
- Técnicas de cooperación ejecutiva como la delegación intersubjetiva y la gestión ordinaria, a través de las cuales entes locales realizan competencias estadales o municipales.
- Los convenios o acuerdos entre entes públicos.
- La participación en procedimientos conjuntos.

a. *Técnicas de coordinación*

§465. Principio de legalidad — El principio general es que la asignación, distribución y ejercicio de la competencia del órgano o ente público se sujeta a la Constitución, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley (Art. 4 de la LOAP).

b. *Criterios*

§466. Distinción — A los efectos de evitar confusiones terminológicas que pueden llevarnos a conclusiones erróneas, conviene precisar qué se debe entender por competencia, en sus diversas modalidades y atendiendo a muy diversos criterios:

§467. Material — Se refiere a que la organización ha de estar en relación con los fines de la persona jurídica pública concreta; a cada fin debe corresponder un órgano. Cada uno tiene una competencia por razón de la materia (por ejemplo: defensa, electricidad, salud, etc.) que los distingue de los demás, y todos unidos constituyen e integran los fines de interés público de la persona pública en cuestión.

§468. Territorial — Se refiere a la discriminación de la competencia en circunscripciones territoriales dentro del Ordenamiento jurídico (competencia nacional, competencia estadal y competencia municipal).

§469. Jerárquica o de grado — La organización se integra verticalmente, culminando en un órgano superior (por ejemplo, el Ministro), y por debajo de él existen los de rango inferior (por ejemplo, Director, Jefe de División,

etc.), y ello da lugar a una distribución de la competencia estructurada piramidalmente y diferenciada por el grado que se ocupe en la misma.

§470. **Temporal** — No es infrecuente el caso de que el Ordenamiento jurídico establezca que un determinado órgano tenga una competencia sujeta a término, transcurrido el cual cesa la misma, mediante disposiciones –generalmente transitorias– que prevén términos preclusivos para el ejercicio de potestades administrativas.

§471. **Enumeración** — Puede otorgarse competencia por el Ordenamiento jurídico-administrativo de dos formas: según un principio de enumeración (casuística) o según una cláusula general (genérica). Entre ambos sistemas cabe todavía la enumeración con cláusula genérica o residual al final de la norma atributiva de competencia.

§472. **Origen** — En función del origen se distingue:

- Competencia propia: es aquella cuya titularidad, la ley reguladora de la actividad administrativa de que se trate, atribuye directamente al órgano o ente.
- Competencia delegada: es aquella transferida a los órganos o entes mediante delegación administrativa.

§473. **Atribución** — En función de la modalidad de atribución se distingue:

- Competencia originaria*:* que es aquella que importa e implica la imposibilidad legal de revisión o reexamen por otro órgano o ente (exclusiva y excluyente).
- Competencia necesaria: se opone a lo contingente. En otras palabras sería aquella que necesariamente debe ser ejercida por el órgano o ente como tal, su único titular.
- Competencia natural o virtual: también se adjetiva la competencia en atención a las funciones del órgano o ente, y según este criterio seria aquella que se inscribe en la propia naturaleza del órgano o ente público, haya sido o no expresamente considerada por la norma jurídica atributiva.
- Competencia residual: esta noción guarda relación con la distribución de la persona o ente entre los órganos que la integran. Puede suceder que, en la distribución mediante texto expreso, quede un residuo sin determinación orgánica. Generalmente, se entenderá que si es a la Administración Pública corresponde al órgano o ente con competencia en razón de la materia (Art. 27 de la LOAP), y si es sin determinación de la unidad administrativa, a aquella con competencia en razón de la materia y el territorio (Art. 27 de la LOAP).
- Competencia particular: es aquella que por objeto tiene el orden y reglamentación interna del órgano o ente del cual es titular.
- Competencia implícita: responde a la teoría de las vías y medios. Así, cuando se asigna una potestad, esta, si bien debe ser interpretada en sentido restringido

(para su existencia), debe ser aplicada ampliamente, entendiéndose que dicha asignación implica una ilimitación de medios para obtener los resultados esperados. Solo así se obtendría el ejercicio efectivo de la potestad asignada (principio de especialidad). Nuestra jurisprudencia se hubo pronunciado a favor de la misma. (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 12 de diciembre de 1996, JCSJ, 1996, Nº 12).

§474. **Ejercicio** — En función de la modalidad de su ejercicio se distingue:

- Competencia concurrente: supone que varias competencias de distintos órganos o entes coinciden y convergen sobre el mismo objeto.
- Competencias superpuestas: son aquellas que distintas normas atribuyen a diferentes órganos, en orden a la previsión o represión de un mismo hecho o situaciones dañosas. La competencia conjunta implica la necesaria intervención sucesiva de varios órganos o entes en un procedimiento administrativo (por ejemplo, el régimen de fusiones en el sector de las telecomunicaciones, que primero aprueba Pro-Competencia, y posteriormente Conatel).
- Competencia exclusiva o privativa: cuando está atribuida y puede ser ejercida solamente por un único órgano o ente (exclusiva o privativa) y, por ende, el órgano o ente conoce y excluye otra intervención orgánica; esto es, alude al supuesto de atribución de un interés o una potestad a un sólo ente u órgano, con exclusión de todos los demás (por ejemplo, la del Presidente de la República de dictar Decretos-leyes de estados de excepción).
- Competencia compartida*:* es aquella que para ejercerse requiere la actuación de dos o más órganos o entes, es decir que, a diferencia de la exclusiva, la actuación de un órgano o ente no excluye la del otro; por el contrario, la requiere o la reclama, esto es, aparece cuando la responsabilidad sobre una materia se otorga a varios entes u órganos (por ejemplo, la prestación del servicio público de la salud distribuida entre la República y los Municipios).
- Competencia alternativa: es aquella en que varios órganos o entes son competentes para manifestar su voluntad sobre una misma materia. Sin embargo, la intervención o la actuación de uno de los órganos o entes competentes, impide la intervención de los restantes. También se le llama excluyente porque priva sobre la intervención del otro órgano o ente también competente; lo cual, en este caso, devendría en privativa, por razones de economía procedimental y para evitar decisiones contradictorias.
- La competencia indistinta: se refiere a los supuestos en que su ejercicio corresponde de modo simultáneo y no excluyente a dos o más entes u órganos (por ejemplo, el fomento de actividades culturales).
- La competencia alternativa: cuando se encuentra atribuida a dos o más entes u órganos, de forma simultánea y excluyente (por ejemplo, la potestad expropiatoria).
- La competencia sucesiva: es similar a la anterior, aunque se establece una prioridad temporal en su ejercicio (por ejemplo, licencias de construcción que corresponden, en primer lugar, a la Alcaldía y, posteriormente, a la Alcaldía Mayor).

F. PRINCIPIO DE JERARQUÍA

I. CONCEPTO

§475. Derecho positivo — El principio de jerarquía se ha considerado tradicionalmente como uno de los pilares básicos de la organización administrativa. Ahora bien, como principio general de organización supone la existencia de una estructura orgánica piramidal en la que se van ordenando internamente los distintos órganos. Consecuencia de ello y dentro del área del Derecho de la organización, el principio de jerarquía representa el nacimiento de un haz de potestades en el superior jerárquico, entre los cuales figuran la posibilidad de control y el poder general de organización.

En tal sentido, el Art. 28 de la LOAP establece que los órganos y entes de la Administración Pública estarán jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva. Implica la idea de subordinación y supraordinación (Véase Sent. de la CF, de fecha 16 de junio de 1953; y de la CSJ/SPA, de fecha 10 de octubre de 1974).

§476. Plan — La prevalencia de la voluntad del órgano superior sobre el órgano inferior, el predominio o rango del superior al inferior comporta las potestades siguientes: (i) de dirección; (ii) de delegación; (ii) disciplinaria; (iv) de control; y (vi) de resolución de conflictos.

§477. Potestad de dirección — Los órganos administrativos superiores podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio.

§478. Potestad de delegación — La importancia que la potestad de delegación administrativa adquiere en la estructuración actual de la Administración Pública ha llevado al legislador de la LOAP a regularla, de acuerdo con el régimen jurídico analizado en el Tema 13 .

§479. Potestad disciplinaria — El funcionario público está unido a la Administración Pública por una relación de sujeción especial. La violación por parte de aquel de las normas que regulan esta última, acarrea su responsabilidad disciplinaria, que traduce el ejercicio de la potestad disciplinaria del superior jerárquico.

§480. Potestad de control — Es la potestad de revisión de actuaciones o decisiones de sus órganos subordinados, ya sea de oficio o a través de los recursos administrativos.

§481. Potestad de resolución de conflictos — Cuando el órgano que está conociendo un asunto se considera incompetente deberá remitir las actuaciones al órgano que estime con competencia en la materia, si este se considera, a su vez, incompetente o si ambos se consideran competentes, el asunto será resuelto por el órgano superior jerárquico común (Art. 43 de la LOAP).

Los conflictos de atribuciones previstos entre los órganos subordinados solo podrán suscitarse entre unidades administrativas integrantes del mismo órgano o ente y con respecto a asuntos sobre los cuales no haya recaído decisión administrativa definitiva o finalizado el procedimiento administrativo (Art. 43, *eiusdem*).

G. PRINCIPIO DE COORDINACIÓN

§482. Concepto — El principio de coordinación en un Estado políticamente descentralizado territorialmente como es el Estado federal, la doctrina sostiene que muy bien puede considerarse el asunto más importante a resolver desde el punto de vista funcional de este tipo de Estado.

Al respecto debemos empezar señalando que el principio de coordinación se caracteriza como un deber relacionado con el principio de colaboración que aparece consagrado en el Art. 136 de la C al imponerle a las ramas a las que incumbe el ejercicio de las funciones del Estado que "colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado", de lo cual deriva toda una doctrina sobre el deber de colaboración entre las Administraciones Públicas.

§483. Potestad de coordinación — En otro orden de ideas, la doctrina sostiene que la coordinación supone el poder (*potestas coordinandi*) y medios conferidos por el Derecho para orientar un determinado comportamiento en forma decisoria.

Por su parte, el Art. 23 de la LOAP dispone que las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deberán efectuarse de manera coordinada, y estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, con base en los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada.

§484. Distinción con otras figuras afines — En primer lugar, la coordinación se identifica con la cooperación, no obstante que hay notables diferencias. En efecto, la cooperación indica la voluntad de ayudarse mutuamente; es pues una actitud que se traduce en ayuda y en auxilio mutuos. En tal caso, la cooperación vendría a ser la primera fase de la coordinación, en cuanto que esta se hace imposible sin aquella, pero la cooperación no es suficiente para asegurar la coordinación.

En segundo lugar, a pesar de las relaciones naturales que existen entre coordinación y planificación, esta última es una actividad aislable e independiente de la primera. En efecto, la planificación exige la coordinación de los objetivos y medios del plan, y a su vez, el plan puede ser uno de los instrumentos de la coordinación, pero no a la inversa.

Por último, el concepto de coordinación aparece constantemente unido al de jerarquía, en razón de que aquella se manifiesta en órdenes que integran el ejercicio de funciones directivas (funciones directivas coordinadoras) tendentes a regular la unidad de acción, confundiéndose con la jerarquía (funciones directivas jerárquicas). Ahora, si bien ello es cierto, no hay duda de que la coordinación es una actividad aislable y puede tener una existencia autónoma.

PRINCIPIOS EXISTENCIALES

A. PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN

§485. Concepto — El principio de descentralización consiste en un modo de transferencia de funciones o competencias desde un centro matriz o descentralizador a otros entes llamados descentralizados. Las competencias o funciones transferidas suponen, desde el punto de vista material, la posibilidad de ejercicio de poderes de decisión en nombre propio por el sujeto beneficiario de la descentralización.

Además, y esto es importante, el sujeto receptor de las competencias ha de estar dotado de personalidad jurídica o, cuando menos, de una organización suficientemente diferenciada del ente descentralizador, de manera que entre ambos no exista una relación de jerarquía estricta.

En síntesis, se puede definir la descentralización administrativa como la transferencia de competencias administrativas a organizaciones dotadas de personalidad jurídica pública, o al menos de organización diferenciada, lo cual supone unas características que analizaremos a continuación.

§486. Características — Las características de la descentralización administrativa son las siguientes:

- Se opera un reparto de competencias entre la Administración Pública matriz y los demás entes públicos descentralizados.
- La descentralización actúa su ámbito en las competencias administrativas, y no alcanza a competencias legislativas o judiciales, lo que coloca al principio como un fenómeno puramente administrativo del federalismo, regionalismo o la autonomía.

- Dentro del concepto amplio se incluye la descentralización institucional que tiene lugar a su vez en entes de naturaleza fundacional/institucional y corporativa (colegios, cámaras, etc.) y la que se realiza a través de entes territoriales (municipios, distritos metropolitanos, estados, etc.).

B. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

§487. Consagración constitucional — La Constitución vigente enumera expresamente el principio de participación en el elenco de principios de la organización de la Administración Pública. El principio de participación ciudadana o social en el conjunto de los asuntos públicos se configura en la Constitución de 1999 desde la óptica de la cláusula de Estado democrático, e informa la estructura y actuación del Estado y sirve al objetivo de legitimar el Poder Público.

§488. Derecho de participación ciudadana — La Constitución consagra como un novedoso derecho fundamental, la participación ciudadana en la formación, ejecución y control de la gestión pública. De esta manera se consagra dentro de los derechos políticos la participación ciudadana, desarrollando la norma constitucional el mencionado derecho en diversas formas, en especial el derecho de los ciudadanos a intervenir directa o indirectamente en la gestión pública, y existiendo al mismo tiempo el deber del Estado de velar por el ejercicio efectivo del mismo.

§489. Formas de participación ciudadana — La Constitución establece varias formas de participación ciudadana, permitiendo que los ciudadanos participen de manera activa en la gestión pública y en todos aquellos asuntos en donde puedan verse afectados directa o indirectamente. Esta participación ciudadana contribuye a la legitimación democrática de los actos normativos, lo cual resulta imprescindible si se considera que el sistema político-institucional está constitucionalmente basado en el principio de separación de poderes. Por lo demás, la participación ciudadana facilita la aceptación del normativo resultante y, en consecuencia, su aplicación efectiva.

En efecto, la cláusula participativa constitucional no solo se limita al sufragio sino a todos los asuntos de gestión pública, bajo diversas formas de participación. Las distintas maneras de participar se establecen en el Art. 70 y en otras normas dispersas de la Constitución. El Art. 70, *eiusdem*, señala que son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía: (i) en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y (ii) en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión,

la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Rico, M., *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas,* 2ª Ed., Dykinson, 1997; Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública,* Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., *Fundamentos de la Administración Pública,* T. I, 2ª Ed, Colección Estudios Administrativos Nº 1, EJV, Caracas, 1984 y *Ley Orgánica de la Administración Pública,* Colección Textos Legislativos, Nº 24, EJV, Caracas, 2002; García Pelayo, M., *Obras Completas,* Centro de Estudios Constitucionales, Vol. II., Madrid, 1991; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV. Ed., Caracas, 2013, Villar Palasi, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo,* Vol. I, Madrid, 1986.

Tema 13. Transferencia de la Competencia

Sumario: TEORÍA DE LA TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA: Principio de ejercicio directo de la competencia. Objeto. CLASIFICACIÓN: Delegación administrativa. Delegación intersubjetiva. Delegación interorgánica. Delegación de atribuciones y delegación de firma. Avocación. Encomienda de gestión.

TEORÍA DE LA TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA

A. PRINCIPIO DEL EJERCICIO DIRECTO DE LA COMPETENCIA

§490. Planteamiento — Uno de los temas que se plantea constantemente en la práctica de las Administraciones Públicas es el de la transferencia, traslado o desviación de la competencia como indistintamente se la denomina. En efecto, el reparto de competencias establecido por el Ordenamiento jurídico no es inamovible, sino susceptible de modificación. Infinidad de causas de diversa naturaleza determinan importantes traslaciones competenciales que se efectúan a través de diversas modalidades o técnicas. Una atenta lectura de la Gaceta Oficial nos revela el frecuente uso de las normas o actos que tienen por objeto las diversas formas de transferencias de competencias de un órgano a otro o de una persona pública a otra.

Sin embargo, se constatan irregularidades y abusos que se cometen en materia de transferencia de las competencias, lo que hace del tratamiento doctrinal una exigencia en un tema sobre la organización administrativa.

Nos hemos referido anteriormente, al hablar de los caracteres de la competencia, al principio del ejercicio directo de la competencia, entre otros. Pues bien, excepciones a este principio son los supuestos de transferencia de la competencia –y no al de irrenunciabilidad– como son las modalidades que analizaremos a continuación.

§491. Derecho positivo — Debemos empezar señalando, junto con la doctrina más autorizada, que también en nuestro Derecho positivo hay bases para distinguir entre: (i) la transferencia de titularidad de la competencia; y (ii) la transferencia del mero ejercicio de la competencia sin pérdida de la titularidad por el órgano que la tenía atribuida o delegada.

Ahora, la transferencia de la titularidad de la competencia (verdadera atribución de competencia) se realiza mediante una norma jurídica, en razón

de que produce una alteración del Ordenamiento jurídico. En cambio, la transferencia del ejercicio de la competencia que, por el contrario, no comporta una alteración del Ordenamiento jurídico, se realiza mediante un acto administrativo, siquiera exija una previa autorización legal.

B. OBJETO

§492. Común — Las distintas modalidades tienen en común ser vehículo de transferencia de las competencias y un objeto o finalidad también común: (i) el aumento de la eficacia de las Administraciones Públicas; y (ii) buscar una mayor participación ciudadana. No obstante, como veremos, las diferencias entre ellas son también importantes y está plenamente justificada su independencia conceptual y legal según lo enseña la doctrina española (Álvarez Rico).

CLASIFICACIÓN

§493. Plan — Las modalidades que nuestro Ordenamiento jurídico ha tipificado, dotándolas de cierta regulación son: (i) la delegación administrativa que se subdivide a su vez en delegación de atribución y delegación de firma; (ii) delegación intersubjetiva; (iii) la delegación interorgánica; (iii) la avocación; y por último (iv) la encomienda de gestión.

A. DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA

I. CONCEPTO

§494. Modalidad de transferencia de competencia — El instituto de la delegación nos ofrece manifestaciones diversas, lo mismo en el campo del Derecho privado que en el campo del Derecho público –delegación legislativa, delegación de competencias administrativas–. Aquí hemos de referirnos a una forma concreta de delegación, precisamente la delegación de la competencia administrativa, conocida como delegación administrativa.

Como señala la doctrina bajo el nombre de delegación se cobijan figuras jurídicas muy diversas a partir de la idea matriz de que se trata, a través de la delegación, de que una persona jurídica, pública o privada, puede ejercer derivativamente poderes que originariamente corresponden a otra. A través de la delegación se trata de cubrir aquellos ámbitos que el delegante no quiere o no puede abarcar, satisfacer ciertas necesidades del tráfico jurídico y conseguir una mayor agilidad y eficacia en la gestión.

En el campo del Derecho administrativo, la delegación administrativa es una modalidad de transferencia del ejercicio de competencias en virtud de la cual, en los casos previstos por la norma jurídica, se faculta a un ente u órgano

(delegante) para que por un acto administrativo dictado exclusivamente por razones de oportunidad, confiera a otro ente u órgano inferior (delegado) una nueva competencia que materialmente es idéntica a la del delegante.

§495. Distinción con otras figuras — Se distingue de la descentralización y desconcentración en que estas se instrumentan a través de normas organizativas, por lo que las competencias descentralizadas y desconcentradas son asignadas normativamente y no por otro acto susceptible de revocación, lo que le da un carácter de mayor permanencia, al menos hasta tanto se produzca un cambio normativo.

Finalmente, agrega el autor Brewer-Carías, a diferencia de la delegación, la desconcentración es una distribución de competencias en forma permanente y abstracta, atribuida siempre al órgano y no al titular del cargo, mientras que la delegación está vinculada a la persona titular del órgano delegado.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§496. Teorías — La determinación del régimen jurídico es clave para la comprensión de la institución de la delegación administrativa. En tal sentido, son varias las teorías que al respecto se han sostenido al abordarse el tema concreto de la naturaleza jurídica de la delegación administrativa.

- La que considera el acto de la delegación como de naturaleza normativa.
- La que la encuadra dentro del concepto de convenio.
- Y por último, la que considera a la delegación como un acto unilateral.

Cada una de las teoría mencionadas pone mayor énfasis en uno u otro aspecto de la delegación, pues siendo un acto complejo, o si se quiere bifásico, predomina ya el aspecto normativo, o ya la voluntad del delegante y del delegado (Álvarez Rico).

Sin embargo, la teoría que prevalece es la que sostiene que la delegación administrativa consiste en un acto en virtud del cual un órgano administrativo transfiere a otro, jerárquicamente subordinado, el ejercicio de competencias que tiene atribuidas, conservando la titularidad de las mismas.

III. ELEMENTOS

§497. Sujetos — Por lo que respecta a los sujetos intervinientes en la delegación administrativa, normalmente son dos: un sujeto activo (denominado el delegante) y un sujeto pasivo (denominado el delegado). Ahora, en la LOAP la delegación aparece limitada subjetivamente en cuanto a que no todo órgano puede aparecer como delegante ni cualquier órgano puede ser

delegado, lo cual deriva que la delegación tiene que estar prevista en una norma de rango legal.

§498. Objeto — En lo concerniente al objeto de la delegación, la competencia o competencias cuyo ejercicio se puede transferir constituyen el objeto o materia de la delegación administrativa, la cual debe reunir determinadas cualidades. En primer lugar, ha de ser propia del órgano delegante, pues *nemo dat quod habet* (propiedad). En segundo lugar, debe ser actual, esto es, existente (actualidad). En tercer lugar, la competencia que se delega debe ser específica o determinada (especificidad). Por último, la nota distintiva de interinidad que siempre implica la delegación (revocabilidad).

B. DELEGACIÓN DE ATRIBUCIÓN Y DELEGACIÓN DE FIRMA

§499. Delegación de atribuciones — Con la expresión delegación de atribución, tanto en doctrina como en legislación, se quiere significar una verdadera y propia delegación del ejercicio de competencias, esto es, se produce la transferencia del ejercicio de una competencia nueva al órgano delegado, conservando la titularidad el ente u órgano delegante.

§500. Delegación de firma — La denominada delegación de firma no constituye una delegación en sentido técnico. A diferencia de lo que ocurre en esta, en la delegación de firma no hay transferencia del ejercicio de la competencia. Lo único que se transfiere es la materialidad de la firma, adoptándose la decisión en forma verbal por el titular de la competencia ejercida. El funcionario público que tenga delegada la firma despachará con el titular de la competencia el o los asuntos tipo de que se trate y procederá luego a firmar las correspondientes decisiones individualizadas, que se constituye así en una importante herramienta para descongestionar los asuntos de la Administración Pública.

§501. Enumeración — De la regulación legal de la delegación de firma se extraen, en lo esencial, los efectos jurídicos siguientes:

- No hay alteración de la titularidad de la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación.
- Solo se produce una alteración en el ejercicio de la competencia, por lo que la firma se entiende realizada en nombre y por cuenta ajena (delegante). La decisión, por tanto, hay que entenderla tomada por este a todos los efectos.
- La delegación de firma es revocable por el órgano delegante en cualquier momento.
- En los actos que se firmen por delegación de firma se ha de hacer constar la autoridad de procedencia, puesto que la firma se entiende realizada por el órgano delegante.

- En la delegación de firma no hay límites subjetivos, pudiendo hacerse por cualquier órgano, siendo sus limitaciones solo objetivas.
- Por último, la delegación de firma no procederá en el caso de actos administrativos de carácter sancionatorio ni en los casos indicados en el Art. 35 de la LOAP (Art. 38, *in fine* LOAP).

C. DELEGACIÓN INTERSUBJETIVA

§502. Concepto — Constituye una técnica de transferencia del ejercicio de la competencia según la cual, la Administración Pública Nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios, podrán delegar las competencias que les estén otorgadas por ley a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con las formalidades que determine la LOAP y su reglamento (Art. 33).

La técnica opera desde un órgano administrativo de un ente público territorial hacia un ente descentralizado funcionalmente. El acto de delegación intersubjetiva y su revocatoria debe publicarse en la Gaceta Oficial de la Administración Pública correspondiente (Art. 33*, eiusdem*).

§503. Efectos — Se transfiere la responsabilidad por el ejercicio de la competencia al ente delegado; los funcionarios públicos encargados del ejercicio de la competencia delegada, serán responsables personalmente por su ejecución, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario o funcionarios públicos que integren los órganos encargados de su ejecución en dicho ente (Art. 36*, eiusdem*).

D. DELEGACIÓN INTERORGÁNICA

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§504. Concepto — Esta técnica de ejercicio de la transferencia de la competencia consiste en la delegación de las atribuciones que les estén otorgadas por ley desde los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Nacional, Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, así como de los gobernadores, los alcaldes y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, a órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia, de conformidad con las formalidades que determinen la LOAP y su reglamento (Art. 34*, eiusdem*).

§505. Efectos — Los funcionarios públicos del órgano al cual se haya delegado una atribución serán responsables por su ejecución. Además, los actos administrativos derivados del ejercicio de las atribuciones delegadas, a los efectos de los recursos correspondientes se tendrán como dictados por el delegante (Art. 37*, eiusdem*).

§506. Control — La delegación en cualquiera de sus modalidades permite una serie de medios de control, tales como la posibilidad de dirigir y controlar el ejercicio de las competencias delegadas, emanación de instrucciones, recabar información, formulación de requrimiento, etc. (Álvarez Rico).

II. REQUISITOS COMUNES

§507. Formales — La delegación intersubjetiva o interorgánica y la encomienda de gestión se efectuará mediante acto administrativo que reúna los siguientes requisitos (Art. 40 de la LOAP):

- Ser un acto motivado.
- Identificar los órganos o entes entre los que se transfiera el ejercicio de la competencia o la atribución de la gestión administrativa.
- Determinar la fecha de inicio de su vigencia y en los casos en que ésta no se determine, se entenderá que ésta comienza desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República o el medio de divulgación oficial del estado, del distrito metropolitano o del municipio correspondiente, y de culminación cuando fuere el caso.
- Los actos administrativos que se firmen por delegación de firma indicarán expresamente esta circunstancia y señalarán la identificación del sujeto delegante (Art. 35*, eiusdem*).
- Publicación del acto en la Gaceta Oficial del organismo que delega o encomienda.

§508. Materiales — Son los requisitos que se mencionan a continuación:

- Para delegar o encomendar hay que tener competencia, ser titular competente y, por tanto, decide: si delega o encomienda o no; a quién; y finalmente, qué delega o encomienda.
- La ley permite delegar o encomendar la competencia, atribución o gestión, según sea el caso
- Determinación de la competencia, atribución o gestión.

Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante; y por último, la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido (Art. 35*, eiusdem*).

§509. Límites — Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva o interorgánica no procederá en los casos siguientes (Art. 35 de la LOAP):

- Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo (num. 1).
- Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso (num. 2).

- Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación (num. 3).
- En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley (num. 4).

E. AVOCACIÓN

§510. Concepto — La avocación transfiere únicamente el ejercicio de la competencia; no la titularidad. No es lo contrario o el reverso de la delegación. Porque puede referirse a competencias propias o a competencias delegadas. Tampoco se refiere a la competencia decisora genérica, sino a la decisión en un asunto determinado o concreto, pues el órgano seguirá conociendo del resto de los asuntos que le competen en virtud de dichas competencias propias o delegadas.

También una cosa es la avocación y otra muy distinta la revocación de la delegación, pues esta última elimina la delegación para todos los asuntos.

§511. Régimen jurídico — Por lo que respecta al objeto de la avocación, no hay obstáculo en considerar que la LOAP refiera la avocación de que se trate, ya sea tanto a competencias propias (ordinarias) del órgano avocado como a competencias cuyo ejercicio le haya sido delegado al órgano avocado (ajenas), bien por el órgano avocante, bien por otro órgano distinto.

Ahora, al igual que ocurre con la delegación, la avocación solo es admisible si se autoriza por norma con rango de ley. Por ello, resulta de muy dudosa legalidad aquellos supuestos de avocación que pretenden legitimarse en una norma meramente reglamentaria.

F. ENCOMIENDA DE GESTIÓN

§512. Concepto — La encomienda de gestión consiste en la asignación, total o parcialmente, para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios por parte de los órganos de adscripción en la Administración Pública Nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios (encomendante), a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente (encomendado), por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para el desempeño de la función encomendada.

§513. Titularidad — Los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central, esto es, Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, Viceministros, los Gobernadores, los Alcaldes y las autoridades de superior jerarquía de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios y de los entes de la Administración Pública, podrán delegar la gestión, total o parcial, de determinadas atribucio-

nes a los órganos bajo su dependencia, de conformidad con las formalidades previstas en la LOAP y su reglamento (Art. 38, *eiusdem*).

§514. Formalización — Desde el punto de vista de la formalización, la encomienda de gestión, cuando se refiera a órganos y entes de una misma Administración Pública, se instrumentará de conformidad con las formalidades que determinen la LOAP y su reglamento. En aquellos supuestos en que la encomienda de gestión se establezca entre órganos de las Administraciones Públicas de distintos niveles territoriales o entre entes públicos, se adoptará mediante convenio entre encomendante y encomendado, cuya eficacia quedará supeditada a su publicación en la Gaceta Oficial de la República, o en el medio de publicación equivalente estadal o municipal (Art. 39*, eiusdem*).

§515. Efectos jurídicos — La encomienda de gestión produce los efectos jurídicos siguientes:

- No supone cesión de la titularidad de la competencia, ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. Por tanto, la competencia sigue siendo propia del órgano encomendante, y en virtud de lo cual el encomendado realiza su actividad en nombre y por cuenta del encomendante.
- Es responsabilidad del encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Rico, M., *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas,* 2ª Ed., Dykinson, 1997; Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., *Fundamentos de la Administración Pública,* T. I, 2ª Ed., Colección Estudios Administrativos Nº 1, EJV, Caracas, 1984 y *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Colección Textos Legislativos, Nº 24, EJV, Caracas, 2002; García Pelayo, M., *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Vol. II., Madrid, 1991; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013, Villar Palasi, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1986.

Tema 14. Administración Pública Central

Sumario: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL: Ley Orgánica de la Administración Pública. Límites. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL. Concepto. Órganos superiores. Órganos superiores de dirección. Órganos superiores de consulta. Órgano superior de coordinación. Demás órganos de la Administación Pública Central.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

A. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. PRINCIPIOS Y LINEAMIENTOS

§516. Consagración constitucional — Más que hablar, como se hace generalmente, de una Administración Pública, se debe hacer especial incidencia en la utilización del plural, Administraciones Públicas, única manera de comprender la complejidad y dispersión de las organizaciones públicas.

La Constitución de 1999 introdujo un nuevo marco constitucional sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública. En este sentido la LOAP vino a cumplir el mandato instruido por la Asamblea Nacional Constituyente para que dentro del primer año de vigencia del nuevo texto constitucional, la Asamblea Nacional dictara una legislación que regulara la organización y funcionamiento de la Administración Pública, conforme lo dispuso la Disposición Transitoria Cuarta (num. 5) de la Constitución de 1999.

Así las cosas, la LOAP tiene como objetivo principal adaptar la regulación de la Administración Pública a la Constitución de 1999 y se fundamentó en la competencia que ella le otorga al Poder Legislativo Nacional en los Arts. 187, num. 1, y 236, num. 20, para legislar en las materias de la competencia nacional y, especialmente, sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público Nacional, así como para establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional.

II. OBJETO

§517. Consagración legal — La LOAP, en su Art. 1, establece como sus objetos generales:

- Establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública.

- Establecer los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública central y de la Administración Pública descentralizada funcionalmente.
- Regular los compromisos nacionales de gestión.
- Crear mecanismos para promover la participación y el control sociales organizados sobre las políticas y resultados públicos.
- Establecer las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

B. LÍMITES

§518. Importancia — El crecimiento desordenado y, con frecuencia, caótico de la organización administrativa responde, tradicionalmente, a la primacía de intereses sectoriales sobre los generales. Ello ha obligado a la fijación de límites de diversa naturaleza, cuyo grado de eficacia es muy diverso. Distinguimos, al respecto, tres grupos atendiendo a su naturaleza: (i) sustantivos; (ii) procedimentales; y por último (iii) financieros.

§519. Sustantivos — Algunos derivan de principios de organización administrativa recogidos en la Constitución. Tales son los que imponen la descentralización, la desconcentración y la coordinación intersubjetiva e interorgánica.

Estos principios han sido recogidos y desarrollados en la LOAP que contempla principios de organización, de funcionamiento y de servicio a las personas (Arts. 3 y 4 de la LOAP). Cabe señalar, como límites de naturaleza sustantiva o material a la potestad organizativa, los establecidos en el Art. 16 de la LOAP, según los cuales, la creación de los órganos y entes públicos se sujetará a los requisitos siguientes:

- La indicación expresa de su objeto y competencias (num. 1).
- La determinación de su forma organizativa, ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa (num. 2).
- La previsión de las partidas y asignaciones presupuestarias necesarios para su organización, funcionamiento o reformas organizativas (num. 3).
- Finalmente, está expresamente prohibida la creación de órganos nuevos que supongan duplicación de las competencias de otros ya existentes (*in fine*).

§520. Procedimentales — Dado que la potestad organizativa se ejerce mediante reglamentos denominados por tal razón reglamentos organizativos u orgánicos, les son aplicables las normas que regulan el procedimiento de su elaboración, contenido en el Art. 89 de la LOAP.

§521. Financieros o presupuestarios — La trascendencia de este límite es evidente, dado que todo órgano de nueva creación no puede crearse en tanto que el coste de su funcionamiento no tenga cobertura presupuestaria. En tal

sentido es destacable el principio de responsabilidad fiscal contenido en el Art. 17 de la LOAP, según el cual la creación de cualquier órgano administrativo exigirá "que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento".

Si bien a la LOAP no puede considerársela como una norma que tenga como finalidad primaria establecer el marco regulatorio de una actividad que pueda ser considerada de marcada incidencia económico-financiera pública o privada, sin embargo contempla supuestos cuyo desarrollo pueden significar compromisos económicos para el sector financiero público, por dos motivos:

- Las disposiciones de la LOAP sobre la indicación de los órganos de dirección y supervisión que constituyen la Administración Pública Central, los cuales para su funcionamiento y mantenimiento requieren del aporte previsto en la Ley Anual de Presupuesto, o en los créditos adicionales.
- La previsión que hace el legislador sobre el ejercicio de la potestad organizativa, respecto a la creación de órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente, los cuales al momento de su creación ameritarán de una previsión presupuestaria para su organización y funcionamiento, conforme a lo previsto en los Arts. 16, num. 3; 95, num. 2; 97, num. 2; y 20 de la LOAP.
- Por último, la LOAP hace una mención expresa a la prohibición del aumento del gasto recurrente al indicar en el Art. 17, *eiusdem* que no podrán crearse nuevos órganos y entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados y los distritos metropolitanos o municipios, sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

A. CONCEPTO

I. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

§522. Sistema de descentralización territorial — El Estado venezolano, como Estado federal descentralizado en los términos consagrados por el Art. 4 de la C está estructurado, formalmente, conforme a un sistema de descentralización territorial, que da origen a tres personas jurídicas de Derecho público y de carácter político territorial: la República, los Estados y los Municipios.

La circunstancia de los tres niveles de descentralización y de personalidad político territorial, a su vez, da origen a cuatro niveles de Administraciones Públicas: La Administración Pública Nacional, las Administraciones Públicas de los Estados, y las Administraciones Públicas de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios.

§523. Concepto — No precisa la LOAP qué debe entenderse a los efectos de su aplicación por Administración Pública Nacional, conceptualización a la cual se aproxima el operador jurídico por la interpretación del Título III “De la Administración Pública Central del Poder Nacional”, y del Título IV “De la Desconcentración, de la Descentralización Funcional”, de dicha Ley. Tal ausencia de definición limita la claridad de la LOAP, lo cual, en el caso específico de los entes políticos-territoriales parece indicarles que la LOAP regulará la organización y funcionamiento de la Administración Pública de los estados, municipios y distritos metropolitanos cuando así lo determine expresamente.

§524. Ámbito — No toda Administración del Estado es Administración Pública, en el sentido de que no solo los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo o que ostentan la autonomía funcional en virtud de disposiciones constitucionales, monopolizan, orgánicamente, a la Administración Pública del Estado. Si algún valor tiene el principio de separación de poderes en nuestro país, sostiene Brewer-Carías, es el de la ‘’separación orgánica de poderes’’, en el sentido de que, constitucionalmente hay una separación clara y rígida entre los órganos legislativos, los órganos ejecutivos y los órganos judiciales, pero cada uno de estos órganos tiene su propia Administración Pública.

Por tanto, la Administración Pública corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo. De ahí que se sostenga que el ámbito propio de la organización administrativa está en los órganos ejecutivos, en esa Administración Pública ejecutiva (Central o Descentralizada funcionalmente) que corresponde al Poder Ejecutivo en los diversos niveles del Poder Público (Nacional, Estadal y Municipal).

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

§525. Distinción — El principio teórico que domina gran parte del estudio de los órganos superiores de la Administración Pública es la distinción entre Gobierno y Administración Pública y, por ende, entre función gubernamental y función administrativa. Y el esquema dominante es un Poder Ejecutivo que se subdivide entre Gobierno y Administración Pública, siendo el medio de distinción el concepto de política.

§526. Poder Ejecutivo Nacional — La organización administrativa puede revestir diversas formas, que conlleva a variadas clasificaciones, así: (i) complejas y simples; (ii) generales y especiales; (ii) personificadas y no personificadas; (iv) autónomas y no autónomas, etc. Sin embargo, la LOAP diferencia la organización de la Administración Pública Central (Título III) de la Administración Pública Descentralizada funcionalmente (Título IV,

Capítulo II). La República, en cuanto organización personificada, se identifica en primer lugar con la Administración Pública Central.

La Administración Pública Central está conformada por todos aquellos órganos de la Administración Pública Nacional que integran, a su vez, el Poder Ejecutivo Nacional. Ahora bien, de conformidad con el Art. 225 de la C, el Poder Ejecutivo Nacional se ejerce por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la Ley, que no es otra que la LOAP.

B. ÓRGANOS SUPERIORES

§527. Consagración legal — El Art. 44 de la LOAP distingue, a nivel nacional, dos tipos de órganos: los órganos superiores y demás órganos del Poder Ejecutivo. A su vez los órganos superiores del nivel central de la Administración Pública Nacional se clasifican en: (i) los órganos superiores de dirección; (ii) el órgano superior de coordinación y control, y (iii) los órganos superiores de consulta. Todos estos órganos ejercen el Poder Ejecutivo Nacional en los términos del Art. 225 de la C.

Además, la LOAP señala los órganos superiores de la Administración Pública Central del Poder Público Nacional, dentro de los cuales se distinguen: (i) los órganos superiores de dirección; y (ii) los llamados órganos superiores de consulta (Art. 44, *eiusdem*).

Finalmente, el Título III de la LOAP hace referencia a la organización de la Administración Central del Poder Nacional, contemplando los órganos superiores de la Administración Pública Central.

§528. Rol estratégico — Sobre el rol de los órganos superiores de dirección se establece su carácter de la conducción estratégica del Estado (Art. 45 de la LOAP). Este señalamiento se hace debido a que el comportamiento tradicional de dichos órganos ha sido ocuparse de tareas operativas y sin importancia política sectorial. En tal sentido, la LOAP persigue que orienten su actividad al control político y administrativo del sector y de los órganos inferiores, a evaluar su funcionamiento y resultados, siendo responsables de la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, del seguimiento en su ejecución y de la evaluación del desempeño institucional y sus resultados.

C. ÓRGANOS SUPERIORES DE DIRECCIÓN

I. CLASIFICACIÓN

§529. Plan — La LOAP determina cuales son los órganos superiores del nivel central de la Administración Pública Nacional. En tal sentido, son órganos

superiores de dirección de la Administración Pública Central: (i) el Presidente de la República; (ii) el Vicepresidente Ejecutivo; (iii) el Consejo de Ministros; (iv) los ministros; (v) los viceministros; y por último (vi) las autoridades regionales (Art. 44*, eiusdem*).

§530. Competencias — En cuanto a las competencias de los órganos superiores de dirección de la Administración Pública, estos son responsables de ejercer el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores (Art. 45, último aparte, *eiusdem*).

II. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

§531. Carácter — En su carácter de Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional, el Presidente de la República dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública del Poder Público Nacional, con la colaboración inmediata del Vicepresidente Ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución y en las leyes (Art. 46, *eiusdem*).

§532. Competencias — Son competencias del Presidente de la República:

- Dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución y las leyes (Art. 236 de la C).
- Conducir estratégicamente el Estado y, en especial, la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados.
- Ejercer el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores, a los cuales evaluarán en su funcionamiento, desempeño y resultados.

III. VICEPRESIDENTE EJECUTIVO

§533. Carácter — La Vicepresidencia Ejecutiva estará a cargo del Vicepresidente Ejecutivo, órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República. Contará con la estructura orgánica y los funcionarios públicos que requiera para el logro de su misión, de conformidad con el reglamento orgánico que dicte el Presidente de la República en Consejo de Ministros (Art. 47, *eiusdem*).

§534. Atribuciones — La LOAP indica como atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo las previstas en los Arts. 239, 235 y 233 de la C, referidas a la asunción del Vicepresidente Ejecutivo de las funciones de la Presidencia de la República ante los supuestos de faltas absolutas o temporales del Presidente de la República, así como las de seguimiento y enlace con el Poder Legislativo y las políticas sobre descentralización (Art. 48, *eiusdem*).

Por su parte, el Art. 48 de la *LOAP* consagra las atribuciones siguientes:

- Colaborar con el Presidente de la República en la dirección de la acción del Gobierno (num. 1).
- Suplir las faltas temporales y absolutas del Presidente de la República, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (num. 2).
- Coordinar la Administración Pública, de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República (num. 3).
- Proponer al Presidente de la República el nombramiento y remoción de los ministros (num. 4).
- Presidir, previa autorización del Presidente de la República, el Consejo de Ministros (num. 6).
- Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional y efectuar el seguimiento a la discusión parlamentaria de los proyectos de ley.
- Presidir la Comisión Central de Planificación (num. 7).
- Presidir el Consejo Federal de Gobierno y coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con los estados, los distritos metropolitanos y los municipios (num. 8).
- Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios públicos nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad (num. 9).
- Ejercer las atribuciones que le delegue el Presidente de la República (num. 10).
- Dirigir y coordinar el proceso de evaluación de los resultados de las políticas públicas adoptadas por el Ejecutivo Nacional e informar de ello al Presidente de la República (num. 11).
- Efectuar el seguimiento a las decisiones del Consejo de Ministros e informar periódicamente al Presidente de la República sobre el estado general de su ejecución y resultados (num. 12).
- Efectuar el seguimiento a las instrucciones impartidas por el Presidente de la República a los ministros e informarle sobre su ejecución y resultados (num. 13).
- Coordinar y ejecutar los trámites correspondientes a la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo ante la Asamblea Nacional (num. 14).
- Coordinar el proceso de promulgación de las leyes y, de ser el caso, el proceso al que se refiere el artículo 214 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (num. 15).
- Presidir el Consejo de Estado (num. 16).
- Las demás que le señale la ley y demás actos normativos (num. 17).

IV. CONSEJO DE MINISTROS

§535. Carácter — El Consejo de Ministros tiene por finalidad fundamental la consideración y aprobación de las políticas públicas generales y sectoriales que son competencias del Poder Ejecutivo Nacional (Art. 50, *eiusdem*).

§536. Integración — De conformidad con el Art. 49 de la LOAP, el Consejo de Ministros está integrado de la manera siguiente: (i) el Presidente de la República; (ii) el Vicepresidente Ejecutivo; y por último (iii) los Ministros. Será presidido por el Presidente o por el Vicepresidente Ejecutivo. En este último caso, las decisiones adoptadas deberán ser ratificadas por el Presidente de la República.

Además, el Procurador General de la República asistirá al Consejo de Ministros con derecho a voz. El Presidente de la República también podrá invitar a otros funcionarios públicos y personas a las reuniones del Consejo de Ministros cuando, a su juicio, la naturaleza de la materia o su importancia así lo requieran.

§537. Reglamento orgánico — La organización y funcionamiento del Consejo de Ministros será fijada mediante reglamento orgánico por el Presidente de la República, con el objeto de garantizar el ejercicio eficaz de sus competencias y su adaptabilidad a los requerimientos que imponen las políticas públicas cuya consideración y aprobación le corresponde.

El decreto correspondiente establecerá las unidades de apoyo técnico y logístico necesarias para el eficaz cumplimiento de sus fines (Art. 51, *eiusdem*).

§538. Quórum de funcionamiento — El quórum de funcionamiento del Consejo de Ministros no podrá ser menor de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. En caso de que el Presidente de la República estime urgente la consideración de uno o determinados asuntos, el Consejo de Ministros podrá sesionar con la mayoría absoluta de sus integrantes (Art. 52, *eiusdem*).

§539. Periodicidad de las reuniones — Las reuniones del Consejo de Ministros serán fijadas por el Presidente de la República y lo convocará extraordinariamente cuando lo juzgue conveniente (Art. 53, *eiusdem*).

§540. Sesiones y actas — De las sesiones del Consejo de Ministros se levantará un acta por el Secretario, quien la asentará en un libro especial y la certificará con su firma una vez aprobada (Art. 54, *eiusdem*).

El acta contendrá las circunstancias relativas al tiempo y lugar de su celebración, la relación de los asistentes, las decisiones adoptadas sobre cada uno de los asuntos tratados en la reunión y los informes presentados.

§541. Deliberaciones — Finalmente, las deliberaciones del Consejo de Ministros tendrán carácter secreto, mientras que las decisiones que se adopten en el Consejo de Ministros no tendrán carácter confidencial ni secreto.

Sin embargo, por razones de interés nacional o de carácter estratégico, el Presidente de la República podrá declarar reservada algunas de las decisiones del Consejo de Ministros, en cuyo caso, el punto en el acta correspondiente tendrá carácter confidencial o secreto durante el tiempo estrictamente necesario, luego del cual el Presidente de la República levantará la reserva de la decisión adoptada.

§542. Responsabilidad solidaria — El Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros serán solidariamente responsables de las decisiones adoptadas en las reuniones del Consejo de ministros a que hubieren concurrido, salvo que hayan hecho constar su voto adverso o negativo (Art. 56, *eiusdem*).

V. MINISTROS

§543. Consagración legal — El Capítulo V del Título III de la LOAP regula lo conducente a los ministros. Por su parte, el Art. 77 de la LOAP prevé las competencias comunes de los ministros con despacho.

Además, el Art. 59 de la LOAP contiene una modificación con respecto a la anterior regulación de los ministros de Estado, que consiste en eliminar el caso de la coordinación de servicios, dependencias o entidades administrativas como un motivo para el nombramiento de ministros de Estado. Esta restricción se hace para evitar la gran distorsión causada por estos nombramientos que alteraban la normal organización ministerial, producían descoordinaciones en los sectores e impedían el normal control que los ministerios deben ejercer sobre sus órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente.

§544. Carácter — Son los órganos del Poder Ejecutivo Nacional encargados de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría (Art. 60, *eiusdem*).

§545. Competencias comunes — Son las que podemos clasificar como atribuciones de dirección, de colaboración y de ejecución (Art. 77, *eiusdem*) así:

- Dirigir la formulación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sectoriales que les corresponda, de conformidad con el decreto presidencial que determine el número y la competencia de los ministerios y con el reglamento orgánico respectivo (num. 1).
- Orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre control externo, la Constitución y las leyes confieren a los órganos de la función contralora (num. 2).

- Representar política y administrativamente al ministerio (num. 3).
- Cumplir y hacer cumplir las órdenes que les comunique el Presidente de la República o el Vicepresidente Ejecutivo, así como los lineamientos estratégicos y políticas dictadas conforme a la planificación centralizada (num. 4).
- Formular y aprobar los planes y proyectos en atención a los lineamientos y políticas dictadas conforme a la planificación descentralizada (num. 5).
- Informar al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo sobre el funcionamiento de sus ministerios; y garantizar el suministro de información sobre la ejecución y resultados de las políticas públicas a sus cargos, a los sistemas de información correspondientes (num. 6).
- Asistir a las reuniones del Consejo de Ministros, del Consejo Federal de Gobierno y de las juntas sectoriales que integren (num. 7).
- Convocar y reunir periódicamente las juntas ministeriales (num. 8).
- Refrendar los actos del Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo que sean de su competencia y cuidar de su ejecución, así como de la promulgación y ejecución de los decretos o resoluciones que dicten (num. 9).
- Presentar a la Asamblea Nacional la memoria y cuenta de su ministerio, señalando las políticas, estrategias, objetivos, metas, resultados, impactos y obstáculos a su gestión (num. 10).
- Presentar, conforme a la ley, el anteproyecto de presupuesto del ministerio y remitirlo, para su estudio y tramitación, al órgano rector del sistema de apoyo presupuestario (num. 11).
- Ejercer la superior administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta del ministerio (num. 12).
- Ejercer la rectoría de las políticas públicas que deben desarrollar los institutos autónomos, empresas y fundaciones del Estado adscritos a sus despachos, así como las funciones de coordinación y control que le correspondan conforme a la LOAP, a las leyes especiales de creación y a los demás instrumentos jurídicos respectivos (num. 13).
- Ejercer la representación de las acciones pertenecientes a la República en las empresas del Estado que se les asigne, así como el correspondiente control accionario (num. 14)
- Comprometer y ordenar los gastos del ministerio e intervenir en la tramitación de créditos adicionales y demás modificaciones de su presupuesto, de conformidad con la ley (num. 15).
- Suscribir, previo cumplimiento de las formalidades de ley, los contratos relacionados con asuntos propios del ministerio (num. 16).
- Comunicar al Procurador General de la República las instrucciones concernientes a los asuntos en que debe intervenir en las materias de la competencia del ministerio (num. 17).

- Cumplir oportunamente las obligaciones legales respecto a la Contraloría General de la República; suscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo (num. 18).
- Suscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo (num. 19).
- Conocer y decidir los recursos administrativos que les corresponda conocer y decidir de conformidad con la ley (num. 20).
- Presentar a conocimiento y resolución del Presidente de la República o del Vicepresidente Ejecutivo, los asuntos o solicitudes que requieran su intervención (num. 21).
- Legalizar la firma de los funcionarios al servicio del ministerio (num. 22).
- Resolver los conflictos de competencia entre funcionarios o funcionarias del ministerio y ejercer la potestad disciplinaria, con arreglo a las disposiciones legales o reglamentarias (num. 23).
- Contratar para el ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada (num. 24).
- Someter a la decisión del Presidente de la República o del Vicepresidente Ejecutivo los asuntos de su competencia en cuyas resultas tenga interés personal, o lo tenga su cónyuge o algún pariente por consanguinidad en cualquier grado en la línea recta o en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, o por afinidad hasta el segundo grado (num. 25).
- Delegar sus atribuciones, gestiones y la firma de documentos de conformidad con las previsiones de la *LOAP* y su reglamento respectivo (num. 26).
- Las demás que le señalen las leyes y los reglamentos (27).

§546. Memoria de los ministros: contenido — El Capítulo V de LOAP regula también las memorias y cuentas que los ministros deben presentar, por mandato constitucional, a la Asamblea Nacional. En tal sentido, el contenido de las memorias se detalla en la LOAP con mayor precisión, dándole un carácter de informe político sobre la actuación del ministro y prohibiendo las simples relaciones de actividades, trámites y documentos producidos, que es insustancial y no aporta elementos importantes al control político del Poder Legislativo.

En efecto, de conformidad con el Art. 78 de la LOAP los ministros deben presentar las memorias a la Asamblea Nacional, las cuales contendrán la exposición razonada y suficiente de las políticas, estrategias, planes generales, objetivos, metas, resultados, impactos y obstáculos en la gestión de cada ministerio en el año inmediatamente anterior, así como los lineamientos de sus planes para el año siguiente. Si posteriormente se evidenciaren actos o hechos desconocidos por el ministro, que por su importancia merecieran ser del conocimiento de la Asamblea Nacional, estos serán dados a conocer a la Asamblea Nacional.

Es obligación también de los ministros informar anualmente a la Asamblea Nacional acerca de las actividades de control que ejerzan, en los términos previstos en la LOAP, sobre los entes que le estén adscritos o se encuentren bajo su tutela (Art. 78 de la LOAP).

Finalmente, en las memorias se insertarán aquellos documentos que el ministro considere indispensables, teniendo en cuenta su naturaleza y trascendencia. No deberán incluirse en las memorias simples relaciones de actividades o documentos (Art. 78 de la LOAP).

§547. Memoria de los ministros: aprobación — Finalmente, la aprobación de las memorias por la Asamblea Nacional no comprende la de las convenciones y actos contenidos en ellas que requieren especial aprobación legislativa (Art. 79 de la LOAP).

§548. Cuenta de los ministros — En cuanto a las cuentas de los ministros, se ordena vincularlas a la memoria, en especial al plan estratégico del sector y a los resultados concretos de la gestión ministerial. Esto se hace con la finalidad de permitir una evaluación integral que verifique el apego de la utilización de los recursos a las políticas, objetivos y metas que se habían previsto.

El documento que acompaña a las memorias contendrá una exposición de motivos y los estados financieros conforme a la ley (Art. 80 de la LOAP). Esta se dividirá en dos secciones: (i) cuenta de rentas; y (ii) cuenta de gastos. La cuenta deberá estar vinculada a la memoria, al plan estratégico respectivo y a sus resultados, de manera que constituya una exposición integrada de la gestión del ministro y permita su evaluación conjunta.

§549. Ministros de Estado — Finalmente, el Presidente de la República podrá nombrar ministros de Estado sin asignarles despacho determinado, los cuales, además de asistir al Consejo de Ministros, asesorarán al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les fueren asignados.

Los ministros de Estado serán nombrados por vía de excepción y mediante decreto motivado, en el cual se les adscribirán los órganos, entes o fondos necesarios para el eficaz cumplimiento de los fines que se le asignen (Art. 59, único aparte, *eiusdem*).

VI. MINISTERIOS

§550. Ámbito — Las competencias específicas y las actividades particulares de cada ministerio serán las establecidas en el reglamento orgánico respectivo (Art. 61 de la LOAP).

§551. Dirección e integración — La suprema dirección del ministerio corresponde al ministro, quien la ejercerá con la inmediata colaboración de los viceministros y de los órganos de apoyo ministerial (Art. 62 de la LOAP).

§552. Reglamento orgánico e interno — El Art. 61 de la LOAP hace más flexible la organización de los ministerios, al permitir que los niveles jerárquicos internos de los ministerios y sus respectivos órganos sean determinados por el Ejecutivo Nacional, aprobando en Consejo de Ministros los respectivos reglamentos orgánicos. Estos establecen la organización básica interna de los ministerios, la cual está conformada por el despacho del ministro y los despachos de los viceministros. El resto de la organización interna de los ministerios será desarrollada por el propio Ejecutivo Nacional a través de los reglamentos internos.

Los sectores o subsectores de los ministerios están conformados por los despachos de los viceministros, concebidos de manera flexible y que puedan ser ajustados por el Ejecutivo Nacional a los requerimientos del entorno político, económico y social. Con ello se hace que la organización administrativa sea más moldeable a las cambiantes condiciones del país.

§553. Potestad organizativa — La Constitución de 1999 modifica la asignación de la potestad organizativa de los ministerios –estructura fundamental del Poder Ejecutivo– transfiriéndola del Poder Legislativo Nacional al Poder Ejecutivo Nacional, de manera que ahora el Presidente en Consejo de Ministros puede establecer con autonomía el número, denominación, competencia y organización (Art. 58 de la LOAP).

Sin embargo, al Poder Legislativo Nacional le quedan dos grandes fórmulas de control: (i) estableciendo los principios y bases de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo por medio de la aprobación de la Ley Orgánica de la Administración Pública; y (ii) mediante la aprobación presupuestaria que es un mecanismo idóneo para limitar el crecimiento burocrático, regular el funcionamiento administrativo y determinar la orientación política de la actividad de los ministerios. En tal sentido, el Art. 58 de la LOAP determina esas bases para que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, organice al Poder Ejecutivo Nacional en ministerios.

§554. Principios — De acuerdo con la doctrina venezolana (Brewer-Carías), los principios de organización de mayor relevancia que tiene la organización ministerial, dentro del complejo de la Administración Pública Central son los siguientes.

§555. Principio de unidad de la personalidad jurídica — El Estado venezolano, como entidad nacional, tiene una sola y única personalidad jurídica, la de la República, como persona nacional, distinta en el ámbito territorial a las otras personas jurídico-territoriales. Por tanto, todos los órganos que integran la Administración Pública Central según la LOAP responden a dicha personalidad jurídica única.

§556. Principio de la unidad patrimonial — A la existencia de una sola y única personalidad se acompaña la existencia, también de una unidad patrimonial. Esto es, el patrimonio de la República es uno y único, que se manifiesta en el principio de unidad del Tesoro, lo cual implica que la masa general (ingresos y gastos) es una y única, salvo las excepciones que establezca la ley de la materia.

§557. Principio de unidad presupuestaria — De conformidad con el Art. 314 de la C, la Administración Pública Central tiene una unidad de régimen presupuestario, el cual se caracteriza por la rigidez en la ejecución presupuestaria, salvo las excepciones que establezca la ley de la materia.

§558. Principio de unidad jerárquica — La Administración Pública Central obedece a otro principio básico de la organización administrativa, como lo es el principio de la jerarquía administrativa.

§559. Principio de unidad sectorial — Finalmente, de acuerdo con el Art. 60 de la LOAP, los ministerios ejercen la rectoría en las materias de su competencia. Por tanto, son los órganos rectores de los sistemas administrativos que deben establecerse en cada sector, lo cual implica que tengan entre sus funciones comunes dirigir la formulación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sectoriales que les corresponda (Art. 77, num. 1 de la LOAP).

§560. Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional — En lo que se refiere a la organización de la Administración Pública Nacional, la Constitución dispone que es atribución del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, fijar el número, denominación, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica (Art. 236, num. 20), en virtud de lo cual la LOAP establece dichos principios y lineamientos para garantizar un eficaz ejercicio de tal potestad por el Presidente de la República.

El número lo fijará el Presidente de la República, mediante decreto denominado Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, sobre la base de parámetros de adaptabilidad de las estruc-

turas administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en LOAP (Arts. 236, num. 20 de la *C* y 58, *eiusdem*).

El reglamento orgánico respectivo determinará el órgano que velará por la consistencia técnica de la organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional.

- Cada ministerio estará integrado por el despacho del ministro, los despachos de los viceministros y las demás unidades y dependencias administrativas (Art. 64 de la LOAP).
- La determinación vendrá dada en el reglamento orgánico de cada Ministerio, el cual determinará el número y competencias de los viceministros de acuerdo con los sectores que deba atender, así como de las demás dependencias del ministerio que sean necesarias para el cumplimiento de su cometido (Art. 64, *in fine* de la *LOAP*).

VII. VICEMINISTROS

§561. Consagración legal — Con la creación en la LOAP de la figura del viceministro, se dota a los sectores o subsectores de un ministerio de una verdadera autoridad responsable de su conducción, gozando de una gran autonomía y poder de decisión. Estas autoridades, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, tienen la función de dirigir la organización correspondiente a uno o más sectores o subsectores del ministerio.

En todo caso no podrán crearse ni nombrarse viceministros sin la asignación de algún sector o subsector, de manera que son figuras que se reservan para la actuación sustantiva del ministerio. Su papel permitirá que los ministros se encarguen de la elaboración de la política estratégica y de la coordinación política de todo el ámbito de actuación del ministerio.

§562. Carácter — Los viceministros son los órganos inmediatos del ministro; serán de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República, oída la propuesta del ministro correspondiente (Art. 65 de la LOAP); podrán tener asignado más de un sector; y, no se podrán crear cargos de viceministro sin asignación de sectores (Art. 66 *de la* LOAP).

§563. Competencias comunes — Los viceministros tienen las competencias comunes siguientes (Art. 84, *eiusdem*):

- Seguir y evaluar las políticas a su cargo; dirigir, planificar, coordinar y supervisar las actividades de las dependencias de sus respectivos despachos; y resolver los asuntos que les sometan sus funcionarios, de lo cual darán cuenta al ministro en las juntas ministeriales o cuando éste lo considere oportuno (num. 1).

- Ejercer la administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta de sus respectivos despachos (num. 2).
- Comprometer y ordenar, por delegación del ministro, los gastos correspondientes a las dependencias a su cargo (num. 3).
- Suscribir los actos y correspondencia de los despachos a sus cargos (num. 4).
- Cumplir y hacer cumplir las órdenes e instrucciones que les comunique el Ministro, a quien darán cuenta de su actuación (num. 5).
- Coordinar aquellas materias que el ministro disponga llevar a la cuenta del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, al Consejo de Ministros y a las juntas sectoriales (num. 6).
- Asistir a las juntas ministeriales y presentar los informes, evaluaciones y opiniones sobre las políticas de los ministerios (num. 7).
- Ejercer la potestad disciplinaria, con arreglo a las disposiciones legales o reglamentarias correspondiente (num. 8).
- Contratar por delegación del ministro los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada (num. 9).
- Presentar a conocimiento y resolución del ministro los asuntos o solicitudes que requieran su intervención, incluyendo las que por su órgano sean presentadas por las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas (num. 10).
- Someter a la decisión del ministro los asuntos de su atribución en cuyas resultas tenga interés personal directo, por sí o a través de terceras personas (num. 11).
- Delegar atribuciones, gestiones y la firma de documentos, conforme a lo que establezca la LOAP y su reglamento (num. 12).
- Suplir las faltas temporales del ministro (num. 13).
- Las demás que les atribuyan las leyes y los reglamentos orgánicos (num. 14).

D. ÓRGANOS SUPERIORES DE CONSULTA

I. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

§564. Consagración constitucional — De acuerdo con el Art. 247 de la C, el Procurador General de la República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, y podrá ser consultado para la aprobación de los contratos de interés nacional. La Ley orgánica respectiva determina su organización, competencia y funcionamiento.

En tal sentido, la organización y régimen jurídico de la Procuraduría General de la República están determinados por la Constitución, la LOPGR y su reglamento interno. Por tanto, el PGR es de pleno derecho, por mandato constitucional, el representante nato de los intereses patrimoniales de la República; su mandatario en la defensa del patrimonio público; su apoderado en una palabra. Esta representación no está limitada constitucionalmente y

son competencias exclusivas (Art. 2 de la LOPGR). Finalmente, de acuerdo con el Art. 44 de la LOAP es un órgano superior de consulta jurídica del Poder Ejecutivo Nacional.

§565. Funciones — Las funciones consisten en ejercer la representación judicial y extrajudicial de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República y asesorar jurídicamente a la Administración Pública Nacional, así:

- Como órgano de representación: representar y defender los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República (Art. 9 de la LOPGR) e ingresos públicos nacionales (Art. 10, *eiusdem*). Tal facultad no podrá ser ejercida por ningún otro órgano o funcionario del Estado, salvo sustitución expresa (Art. 2 de la LOPGR).
- Como órgano consultivo: emite opinión sobre los contratos de interés nacional (Art. 11, *eiusdem*); y asesora a todos los órganos de la Administración Pública Nacional, así como a los Estados y Municipios cuando el objeto de la consulta esté relacionado con los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República (Art. 16, *eiusdem*).

II. CONSEJO DE ESTADO

§566. Consagración constitucional — El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública, para recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos que el Presidente de la República reconozca de especial trascendencia y requieran d su opinión (Art. 251 de la C).

La LOCE determina sus funciones y atribuciones.

§567. Integración — El Consejo del Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y está conformado además por cinco (5) personas designadas por el Presidente de la República; y sendos representantes designados por la Asamblea Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia; y por último un gobernador designado por el conjunto de mandatarios estadales.

§568. Funciones — Al Consejo de Estado le corresponde las siguientes funciones (Art. 85 de la LOAP):

- Actuar como órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional.
- Recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión.
- Su competencia, organización y funcionamiento del Consejo de Estado se regulará por una ley especial.

III. JUNTAS SECTORIALES

§569. Consagración legal — Las juntas sectoriales serán creadas por el Presidente de la República (Art. 67 de la LOAP).

§570. Objeto — Las juntas sectoriales tendrán por objeto (Art. 67 de la LOAP):

- La asesoría y propuesta de acuerdos o políticas sectoriales.
- El estudio y realización de recomendaciones sobre los asuntos a ser considerados por el Consejo de Ministros.
- También podrán ser creados para coordinar las actividades entre varios ministerios, o entre estos y los entes públicos.

§571. Integración — Las juntas sectoriales estarán integradas por los ministros y otras autoridades de los órganos rectores de los sistemas de apoyo técnico y logístico del sector correspondiente (Art. 68 de la LOAP).

§572. Coordinación — Las juntas ministeriales serán coordinadas por el ministro que el Presidente de la República designe, o por el Vicepresidente Ejecutivo cuando el Jefe de Estado lo considere conveniente.

Los ministros integrantes de las juntas sectoriales solo podrán delegar su asistencia y participación en los mismos, en viceministros de su despacho.

§573. Reglamento orgánico — El reglamento orgánico respectivo establecerá el funcionamiento de las juntas sectoriales (Art. 69 de la LOAP).

IV. JUNTA MINISTERIAL

§574. Consagración legal — La junta ministerial se constituye por la reunión de los ministros y los viceministros del despacho respectivo. La misma contará con una unidad estratégica de seguimiento y evaluación de políticas públicas adscrita al despacho del ministro, integrada por un equipo interdisciplinario (Art. 63 de la LOAP).

La unidad estratégica de seguimiento y evaluación de políticas públicas analizará y evaluará la ejecución y el impacto de las políticas públicas que están bajo la responsabilidad del ministerio y someterá el resultado de sus estudios a la consideración de la junta ministerial para que ésta adopte las decisiones a que haya lugar.

§575. Objeto — La junta ministerial tiene por objeto la planificación y coordinación estratégica del ministerio y la rectoría de las políticas públicas del sector cuya competencia le está atribuida (Art. 63 de la LOAP).

V. AUTORIDADES REGIONALES

§576. Consagración legal — La Exposición de Motivos de la reforma de la LOAP de 2008 señala que con el objeto de acercar la Administración Pública Nacional a toda la población sin importar su ubicación territorial, garantizar la atención oportuna, eficaz y eficiente de la población, y la armonía de las políticas públicas nacionales en las distintas regiones del territorio nacional, se introduce una nueva forma de organización administrativos como lo son las denominadas Autoridades Regionales.

§577. Creación — De conformidad con el Art. 70 de la LOAP, el Presidente de la República podrá designar funcionarios públicos con el carácter de Autoridades Regionales.

§578. Objeto — El objeto de las Autoridades Regionales es la planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio, aprobados conforme a la planificación centralizada, así como las demás atribuciones que le sean fijadas de conformidad con la ley, asignándoseles los recursos necesarios para el eficaz cumplimiento de su objeto.

E. ÓRGANO SUPERIOR DE COORDINACIÓN

§579. Comisión Central de Planificación — El Art. 23 de la LOAP consagra el principio de coordinación y dispone que las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública deberán efectuarse de manera coordinada, y estar orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, con base en los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada (Art. 23 de la LOAP).

En tal sentido, la reforma de la LOAP de 2008 exhorta a la creación de la Comisión Central de Planificación que cataloga como un órgano superior de coordinación y control de la planificación centralizada de la Administración Pública Nacional, de carácter permanente, encargado de garantizar la armonización y adecuación de las actuaciones de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional (Art. 57 de la LOAP).

La ley que acuerde su creación fijará su objeto, atribuciones, organización y funcionamiento.

F. DEMÁS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

§580. Plan — Además de los órganos superiores ya analizados, la LOAP prevé la posibilidad de que el Presidente de la República cree: (I) Consejos Nacio-

nales; (ii) Comisiones Presidenciales e Interministeriales; (iii) Comisionados Presidenciales; (iv) y Autoridades Únicas de Área y de Región.

I. CONSEJOS NACIONALES

§581. Consagración legal — Los Consejos Nacionales son una innovación de la reforma de la LOAP de 2008 y tienen como finalidad reunir a representantes sectoriales de la sociedad con autoridades de la Administración Pública, de manera que se produzca un trabajo conjunto. Su propósito es que sirvan como espacios de encuentro y participación social, para que en colaboración con las autoridades del Estado se alcance consenso sobre políticas públicas sectoriales.

§582. Creación — Los Consejos Nacionales son creados por el Presidente de la República mediante decreto e integrados por autoridades públicas y personas representativas de la sociedad, para la consulta de las políticas públicas sectoriales que determine el decreto de creación (Art. 71 de la LOAP).

En tal sentido el decreto de creación respectivo determinará:

- La integración de la representación de los sectores organizados, económicos, laborales, sociales y culturales y de cualquier otra índole, en cada uno de estos Consejos Nacionales.
- El carácter permanente o temporal.

II. COMISIONES Y COMISIONADOS PRESIDENCIALES E INTERMINISTERIALES

§583. Consagración legal — La reforma de la LOAP le da a las Comisiones Presidenciales e Interministeriales un carácter más técnico y de coordinación inter-orgánica. Por su parte los Comisionados Presidenciales son auxiliares del Presidente en la ejecución de programas o actividades determinadas.

§584. Creación — Los comisionados o comisiones presidenciales o interministeriales serán creados por el Presidente de la República mediante decreto, permanentes o temporales, integrados por funcionarios públicos y personas especializadas para el examen y consideración en la materia que se determine en el decreto de creación (Art. 72 de la LOAP).

El decreto determinará quién habrá de presidir las comisiones presidenciales y sus conclusiones y recomendaciones serán adoptadas por mayoría absoluta de votos (Art. 72 de la LOAP).

§585. Objeto — Las comisiones presidenciales e interministeriales tendrán por objeto Art. 72 de la LOAP):

- El examen y consideración en la materia que se determine en el decreto de creación.
- La coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos ministerios.

III. AUTORIDADES ÚNICAS DE ÁREA O DE REGIÓN

§586. Consagración legal — La LOAP prevé la creación de las Autoridades Únicas de Área o de Región como órganos auxiliares del Presidente de la República y del Vicepresidente Ejecutivo para la coordinación de políticas en territorios determinados o para la coordinación de los ejes regionales estratégicos que se tienen previstos, pudiendo coordinar con las instancias de gobierno estadales o municipales.

En tal sentido, las Autoridades Únicas de Área o de Región son creadas por el Presidente de la República mediante decreto para el desarrollo de territorios o programas regionales. Sus atribuciones están dadas por las disposiciones legales sobre la materia o el decreto de creación (Art. 73 de la LOAP).

IV. SISTEMAS DE APOYO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§587. Consagración legal — La LOAP regula lo referido a las funciones o sistemas de apoyo técnico y logístico de la Administración Pública Central y Administración Pública Descentralizada Funcionalmente (Art. 74 de la LOAP).

§588. Integración — Los sistemas de apoyo a la Administración Pública estarán integrados por un órgano rector y por otras dependencias que estarán distribuidas a lo largo de la estructura administrativa. Cada sistema de apoyo conformaría una red, regulada por una ley especial o por un reglamento orgánico, según sea el caso, de manera que el Ejecutivo Nacional pueda disponer su estructura de acuerdo con la naturaleza del apoyo que deba brindar además de permitir su modificación, de conformidad con los recursos que se dispongan, las prioridades que se les fije y las nuevas necesidades de la Administración.

§589. Carácter — De conformidad con el Art. 74 de la LOAP, los sistemas de apoyo de la Administración Pública están conformados por la agrupación de procesos funcionales, procedimientos administrativos y redes de órganos y entes coordinados, cuyo propósito es ofrecer asesoría estratégica y suministro de insumos institucionales a los órganos sustantivos, garantizando las condiciones organizacionales necesarias para su adecuado funcionamiento y para el logro de las metas y objetivos esperados por la Administración Pública.

§590. Competencias — Los órganos y entes rectores de los sistemas de apoyo tienen por objeto (Art. 75 de la LOAP):

- Fiscalizar y supervisar las actividades de los órganos que integran los respectivos sistemas de apoyo institucional de la Administración Pública, para lo cual estos órganos permitirán el acceso a documentos, expedientes, archivos, procedimientos y trámites administrativos, y suministrarán cualquier información que les sea requerida.
- Evaluar la información obtenida y ordenar a los órganos de apoyo la corrección de las deficiencias detectadas. A tal efecto, los órganos de apoyo deberán efectuar las correcciones señaladas, y en caso de incumplimiento, el respectivo órgano o ente rector formulará la queja correspondiente ante el ministro o máximo órgano jerárquico correspondiente, con copia al Vicepresidente Ejecutivo.

V. OFICINAS NACIONALES

§591. Consagración legal — Las oficinas nacionales son creadas por el Presidente de la República, y tendrán las competencias siguientes (Art. 76 de la LOAP):

- Auxiliar a los órganos y entes de la Administración Pública en la formulación y aprobación de las políticas institucionales respectivas.
- Actuar como rectoras de los sistemas que les estén asignados y que comprenden los correspondientes órganos de apoyo técnico y logístico institucional de la Administración Pública.

VI. MISIONES

§592. Consagración legal — Finalmente, la reforma de la LOAP de 2008 consagra, como novedad legislativa, la figura de las misiones que forman parte de la Administración Pública Nacional, que se agregan a los órganos y entes tradicionales, y las cuales nacieron como organismo de ejecución de políticas públicas, con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población (Art. 15 de la LOAP).

En este sentido, la doctrina observa que la regulación tiene la peculiaridad de que se las excluye, en general, de la aplicación de la LOAP.

§593. Creación — De conformidad con el Art. 131 de la LOAP, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, cuando circunstancias especiales lo ameriten, podrá crear misiones destinadas a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población, las cuales estarán bajo la rectoría de las políticas aprobadas conforme a la planificación centralizada.

El decreto de creación de la respectiva misión determinará:

- El órgano o ente de adscripción o dependencia.
- Las formas de financiamiento.
- Las funciones y conformación del nivel directivo encargado de dirigir la ejecución de las actividades encomendadas.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., "Principios generales de la organización de la Administración Central con particular referencia a la Administración Ministerial", en *RDP* Nº 2, Caracas, 1980; *Fundamentos de la Administración Pública,* T. I, 2ª Ed., Colección Estudios Administrativos Nº 1, EJV, Caracas, 1984; "Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública", en *Ley Orgánica de la Administración Pública,* Col. Textos Legislativos Nº 24, EJV, Caracas, 2002 y "El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública", en *RDP* Nº 115; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013.

Tema 15. Administración Pública Descentralizada

Sumario: TEORÍA DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA: Introducción. Principio de Descentralización funcional. CLASIFICACIÓN: Pluralidad. Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público. Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado. Intervención de los entes descentralizados funcionalmente. DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL Y TERRITORIAL: Introducción. Requisitos. Efectos. CONTROL DE TUTELA: Introducción. Adscripción.

TEORÍA DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

A. INTRODUCCIÓN

I. ORIGEN

§594. Planteamiento — El Estado moderno se ha visto obligado a crear determinadas figuras subjetivas destinadas a satisfacer necesidades públicas, por dos razones: o porque han aparecido nuevas necesidades que se masifican y lo obligan a atender a su satisfacción o porque los servicios que las atendían han pasado de manos de los particulares a las del Estado. Ahora, la satisfacción de esas necesidades públicas, se piensa, pueden hacerse de manera más eficiente, mediante organizaciones administrativas dotadas de personalidad jurídica propia, los cuales al ser segregadas, mediante un régimen especial y propio de la persona misma del Estado, adquieren una mayor libertad de acción, complementado por la dotación de un patrimonio distinto e independiente del Estado.

§595. Concepto — Como cuestión previa se observa que un proceso de centralización o de descentralización puede tener por objeto las distintas actividades estatales. De ahí que es frecuente entre los tratadistas distinguir la centralización y descentralización políticas, de la administrativa (E. Fernández Vásquez).

En su acepción amplia, descentralizar significa separar del centro, lo opuesto a centralizar o unir en el centro. Así las cosas, la centralización se produce cuando el Poder Público se convierte en el centro unificador de todas las funciones y las ejerce por sí. Por el contrario, la descentralización existe cuando otros grupos sociales o políticos comparten dichas funciones.

Considerando ahora la centralización administrativa, se da cuando la totalidad de las competencias se concentran en uno o más órganos superiores de la Administración Pública que posean el poder o las facultades de decisión, al contrario de la descentralización administrativa que es una operación inversa.

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESCENTRALIZADA

§596. Consagración legal — La descentralización funcional y la desconcentración funcional y territorial son dos procesos de transferencia de competencias que se prevén en la LOAP como fórmulas para flexibilizar la organización de la Administración Pública. En el caso de la descentralización funcional se contemplan medios de control por parte de los ministerios u órganos sectoriales de las Administraciones Públicas Centrales nacionales, de los estados y de los municipios que eviten las dificultades que dichos Poderes Ejecutivos han tenido para ejercer un efectivo control sobre los entes descentralizados funcionalmente.

Asimismo, el Título IV "De la Desconcentración y de la Descentralización Funcional" de la LOAP permite, en su Capítulo I, la flexibilización y adaptación de las formas de organización de los ministerios con la desconcentración funcional y territorial, para que respondan con agilidad a los cambios del entorno, restricciones en los recursos y cambios en su misión y rol sobre el sector que regulan; a la vez que responde al proceso de descentralización y de constitución de nuevos ejes regionales de desarrollo territorial.

En este sentido, la LOAP establece y regula, también, la posibilidad de crear servicios desconcentrados cuando así lo requiera su naturaleza o convenga el funcionamiento y financiamiento de la Administración Pública. La regulación, base sobre este tipo de desconcentración, busca incrementar su operatividad, a la vez que fortalecer la capacidad de control político administrativo de los ministros sobre ellos. Se evita la creación indiscriminada de servicios desconcentrados que no siguen la finalidad para la cual se ha previsto dicha forma orgánica.

Finalmente, la LOAP regula la descentralización funcional mediante la creación de entes de Derecho público y entes de Derecho privado. Al respecto, bajo los parámetros del nuevo paradigma de la Administración Pública se establece una regulación del control que deben ejercer ministros y órganos rectores de los sectores de políticas públicas en las Administraciones Públicas Centrales nacional, estadal o municipal sobre sus respectivos órganos desconcentrados y sobre los entes descentralizados funcionalmente.

§597. Distribución de competencias — La doctrina sostiene que el fenómeno de la descentralización administrativa consiste en la transferencia de competencias de una persona político territorial, generalmente, a otra u otras personas jurídicas distintas del ente público transferidor. Sería una distribución de competencias, no entre órganos de una misma organización jerárquica, sino entre personas jurídicas distintas, con el fin de lograr una mayor eficacia en el desempeño de las funciones administrativas.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina nacional (J. Garrido Rovira), cuando señala que la personalidad jurídica constituye un supuesto jurídico-organizativo de la Administración Pública Descentralizada, y añade que este concepto puede considerarse en sentido formal u orgánico y en sentido material o funcional.

B. PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

§598. Concepto — En cuanto a los entes de Derecho público descentralizados, el Derecho positivo distingue entre territoriales y no territoriales, lo que da origen a dos formas de descentralización:

- La descentralización territorial o política, la cual se caracteriza por el factor espacial, a través de entes político territoriales.
- La descentralización funcional, calificada también por servicios, técnica o especial, la cual se caracteriza por el factor de la especialidad de los servicios, que tiene lugar a través de entes ya de naturaleza fundacional o ya de naturaleza corporativa.

§599. Consagración legal — La LOAP (Art. 29) dispone que los titulares de la potestad organizativa podrán crear los denominados legalmente "entes descentralizados funcionalmente" cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución, la LOAP y la demás normativas aplicables. La descentralización funcional podrá revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.

En la descentralización funcional, estamos en el supuesto donde una persona pública territorial (República, estado, distrito metropolitano o municipio), le transfiere competencias no a personas jurídicas territoriales, sino a personas jurídicas no territoriales de Derecho público o a personas jurídicas de Derecho privado, denominados entes descentralizados funcionalmente, pero necesariamente enmarcadas dentro de la estructura organizativa general del Estado, que cubre la expresión de "sector público".

En conclusión, como señala J. Caballero Ortiz, la descentralización funcional se presenta con una nota que le es característica, la existencia de una personalidad jurídica propia, pero que forma parte de su propia organización administrativa.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§600. Requisitos — La descentralización funcional exige los requisitos siguientes:

- La presencia de dos entes de Derecho: la persona pública de carácter político territorial ((República, estado, distrito metropolitano o municipio) denominada transferente, y la persona jurídica de carácter no político territorial denominada receptor. Esto es, se establece una relación entre personas jurídicas distintas.
- Que sea por razones de servicios y no por razones político territoriales.
- El reconocimiento del principio de autonomía.
- Que el origen sea de rango legal.

§601. Efectos — Los efectos de la descentralización funcional y territorial son los siguientes (Art. 32*, eiusdem*):

- Transfiere la titularidad de la competencia.
- Transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios públicos del ente descentralizado funcionalmente

CLASIFICACIÓN

A. PLURALIDAD

§602. Planteamiento — La característica fundamental de la Administración Pública Descentralizada es –repetimos– la personería jurídica de cada uno de los entes que la integran, a diferencia de la Administración Pública Central, la cual está integrada por un conjunto de órganos, cuyas relaciones jurídicas se imputan a una sola persona jurídica: la República, en el caso de los órganos de Poder Público Nacional; de los Estados en el caso de Poder Público Estadal; y los Municipios o Distritos Metropolitanos en el caso del Poder Público Municipal.

I. PERSONAS PÚBLICAS TERRITORIALES Y NO TERRITORIALES

§603. Concepto — La distinción surge dentro de la doctrina alemana del siglo XIX, al sostenerse que, frente a lo que ocurre con otras personas jurídicas, se decía que el territorio es para el Estado y los municipios un elemento

fundamental, una parte constitutiva de su misma esencia o estructura, por lo cual se entendió que debían ser considerados como entes territoriales.

Esta teoría fue objeto de críticas en el sentido que la competencia de todo ente público, cualquiera que sea su naturaleza, se ejerce sobre un territorio determinado. De este modo el territorio juega, por ello, una función idéntica respecto a todos los entes públicos, por lo que la distinción carece de validez.

II. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO Y PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

§604. Concepto — La clasificación más tradicional e importante es la que separa las personas jurídicas en personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado. Por su parte esta clasificación alude a su vez, a tres criterios fundamentales en base a los cuales se podría, elaborar la clasificación: (i) la naturaleza; (ii) la forma de constitución; y (ii) el régimen jurídico al que se encuentran sometidos.

Ahora bien, el Derecho administrativo tradicional partía del supuesto de que las personas jurídicas públicas (naturaleza) debían estar constituidas bajo una personificación originaria pública (forma) y se regían exclusivamente por el Derecho público (régimen jurídico); por el contrario, las personas privadas (naturaleza) debían constituirse bajo una personificación originaria privada (forma), rigiéndose solamente por el Derecho privado (régimen jurídico).

Sin embargo, hoy día esta ecuación no es absoluta entre naturaleza, forma y régimen jurídico, dando lugar como veremos al analizar el Derecho positivo a una gran variedad de combinaciones.

III. PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES Y NO ESTATALES

§605. Concepto — Finalmente, además de las clasificaciones dogmáticas señaladas, existe otra clasificación de las personas jurídicas según se encuentren o no integradas dentro de la estructura general organizativa del Estado, ello da lugar a la clasificación de personas jurídicas estatales o no estatales, lo cual recepta la Constitución cuando el Art. 145 menciona a las "demás personas jurídicas de Derecho público o de derecho privado estatales".

Por otra parte, en el orden legal, el Derecho positivo ha adoptado el criterio, en muchos casos, para una determinada regulación, haciendo referencia a organismos gubernamentales, sector público, etc. En efecto, de acuerdo con la doctrina nacional, tomando el criterio de la integración de los sujetos de Derecho a la organización general de Estado, resultan dos tipos de personas jurídicas, independientemente de su forma jurídica:

- Personas jurídicas estatales (por ejemplo, los institutos autónomos, las empresas o sociedades del Estado).
- Personas jurídicas no estatales (por ejemplo, los colegios profesionales, las academias nacionales).

B. ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE CON FORMA DE DERECHO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

§606. Plan — De acuerdo con el Art. 29 de la LOPA, los entes descentralizados funcionalmente son de dos tipos: (i) los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público (num. 1); y (ii) los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado.

§607. Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado — De conformidad con la LOAP, los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado están conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de Derecho privado, y podrán adoptar o no la forma empresarial de acuerdo con los fines y objetivos para los cuales fueron creados y en atención a si la fuente fundamental de sus recursos proviene de su propia actividad o de los aportes públicos, respectivamente (Art. 29, num. 2 de la LOAP).

§608. Entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público — Los entes descentralizados funcionalmente, con forma de Derecho público, están conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de Derecho público, y que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas (Art. 29, num. 1 de la LOAP).

A su vez, dentro de los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, se distinguen entre:

- Los entes institucionales donde el *substratum* es el patrimonio o complejo de bienes afectados únicamente a la consecución de fin de interés público (por ejemplo, los institutos autónomos).
- Los entes corporativos en los que lo determinante es la cualidad de miembro y precisamente son constituidos por personas entre las cuales hay coincidencia, solidaridad o comunidad de intereses (por ejemplo, las universidades oficiales y las academias nacionales.
- Los entes asociativos que están configurados en la forma de sociedades comerciales (por ejemplo, algunos bancos del sector público)

En conclusión, la dotación de un patrimonio propio afectado a un fin específico que caracteriza a los primeros, de un sustrato personal, comunidad

o corporación, que caracteriza a los segundos, origina la distinción entre: los entes descentralizados funcionalmente de naturaleza fundacional; los entes descentralizados funcionalmente de naturaleza corporativa; y entes descentralizados funcionalmente de naturaleza asociativa.

§609. Reversión — Finalmente, el Art. 29 *in fine* de la LOAP dispone que la descentralización funcional solo podrá revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.

II. EFECTOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL Y TERRITORIAL

§610. Enumeración — Los efectos de la descentralización funcional y territorial son los siguientes (Art. 32 de la LOAP):

- Transfieren la titularidad de la competencia.
- Transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios públicos del ente descentralizado.
- Finalmente, el ministro respectivo, previa delegación de la ley o instrumento de creación del respectivo ente descentralizado funcionalmente que le estén adscritos, podrá atribuir o delegar competencias y atribuciones a los referidos entes, regulando su organización y funcionamiento en coordinación con los lineamientos de la planificación centralizada (Art. 32 *in fine* de la LOAP).

III. ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE DE NATURALEZA FUNDACIONAL

A. INTRODUCCIÓN

§611. Concepto — La doctrina venezolana (Garrido Rovira) sostiene que el nacimiento de un ente descentralizado de naturaleza fundacional o institucional con sustrato real se produce cuando la voluntad fundadora del Estado adscribe un patrimonio para el cumplimiento de un fin o cometido estatal y organiza los medios personales y materiales necesarios para asegurar el cumplimiento de ese fin.

Ahora, cuando el acto fundacional se produce dentro del marco del Derecho público, vale decir, mediante una ley especial, se confiere al ente creado personalidad jurídica propia y patrimonio distinto e independiente del Fisco Nacional y además los organiza con un régimen particular de Derecho público, estamos en presencia de un ente descentralizado con forma fundacional jurídico-pública.

B. CLASIFICACIÓN

§612. Consagración legal — Dentro de los entes descentralizados funcionalmente de naturaleza fundacional con forma típica de Derecho público, la LOAP distingue: (i) los institutos públicos (Art. 96); y (ii) los institutos autónomos (Art. 101), los cuales son creados y regidos por normas de Derecho público, y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales. En el supuesto de los entes descentralizados funcionalmente de naturaleza fundacional con forma típica de Derecho privado, la LOAP igualmente regula las fundaciones del Estado según analizaremos más adelante.

1. *Institutos autónomos*

§613. Antecedentes — La doctrina administrativa de la PGR ha sostenido que los institutos autónomos aparecen por primera vez mencionados en el Código civil venezolano, cuando en su Art. 19 establece la personalidad jurídica de la Nación, de las entidades políticas que la componen y de "todos los seres o cuerpos morales de carácter público". De manera que, además de la Nación (representada jurídicamente por el Estado), de las entidades políticas menores (estados y municipios), quedan los llamados por el Código Civil "seres o cuerpos morales de carácter público", a los cuales alude de manera incidental la Constitución de 1961, llamándolos "demás personas jurídicas de Derecho Público" (Art. 124), que no son otros que los institutos autónomos.

Sin embargo, la evolución legislativa posterior demuestra que en la actualidad, los institutos autónomos y los denominados establecimientos públicos son un misma categoría de entes públicos y ambos términos debían considerarse como sinónimos. Desde entonces, las leyes creadoras han empleado diferente nomenclatura (corporaciones, fondos, centros, etc.) pero prioritariamente aquella de instituto, y desarrollan actividades tanto administrativas como económicas. Esta utilización prioritaria del término instituto provocó que en las leyes posteriores se hablara de institutos o establecimientos oficiales autónomos.

En consecuencia, los institutos autónomos no pueden concebirse sino como formando parte del Estado para atender a una de sus funciones, la función administrativa, y por tanto se consideran integrando la Administración Pública descentralizada funcionalmente.

§614. Creación — De acuerdo con un principio ya tradicional en Derecho, la personalidad jurídica se adquiere de acuerdo con las disposiciones legales. Y en el caso de los institutos autónomos su creación solo puede hacerse en virtud de ley (Art. 142 de la C).

El principio constitucional de que solo por ley pueden crearse institutos autónomos es impedir la proliferación inconsulta de institutos autónomos, y con ello poner freno a la creación desordenada de los mismos, haciendo imprescindible su creación mediante ley.

§615. Régimen jurídico — Finalmente, por lo que respecta al régimen jurídico de los institutos autónomos, el Art. 101 de la LOAP dispone que los mismos se regularán conforme a las disposiciones previstas en la Sección Primera "De los Institutos Públicos", del Capítulo II "De la Descentralización Funcional", y todas aquellas normas que les sean aplicables a los institutos públicos, asunto este que abordaremos a continuación.

2. *Institutos públicos*

§616. Consagración legal — Nuestra realidad jurídico-administrativa ofrece, además de la categoría señalada de los institutos autónomos, un cúmulo de organismos a través de los cuales el Estado desarrolla actividades de interés público, cuyas estructuras no se ajustan a la gran categoría distinguida como institutos autónomos tal como acontece con las universidades oficiales.

En consecuencia, el término instituto público tal y como se presenta en la LOAP ha de interpretarse en sentido amplio y utilizable a efectos de denominar a las personas públicas no territoriales distintas a los institutos autónomos, sean nominados, innominados o atípicos.

En conclusión, la expresión instituto público que introduce la LOAP es, en el estado actual de la evolución del Derecho administrativo venezolano multívoca. De una parte, significa una forma jurídica de descentralización; y de otra, tal expresión designaría a la categoría de personas jurídicas públicas no territoriales, constituida por el conjunto de entes descentralizados distintos a la categoría de los institutos autónomos que ha conocido nuestra realidad jurídico-administrativa.

§617. Concepto — De acuerdo con el Art. 96 de la LOAP de la reforma introducida en 2008, los institutos públicos son personas jurídicas de Derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, ley estadal u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas por la ley.

§618. Creación — La ley que cree un instituto público deberá contener (Art. 97 de la LOAP):

- Señalamiento preciso de su finalidad, competencias y actividades a su cargo (num. 1).

- El grado de autogestión presupuestaria, administrativa y financiera que se establezca (num. 2).
- Descripción de la integración de su patrimonio y de sus fuentes ordinarias de ingresos (num.3).
- Su estructura organizativa interna a nivel superior, con indicación de sus unidades administrativas y señalamiento de su jerarquía y atribuciones (num. 4).
- Los mecanismos particulares de control de tutela que ejercerá el órgano de adscripción (num. 5).
- Los demás requisitos que exija la LOAP (num. 6).

§619. Régimen jurídico — La actividad de los institutos públicos queda sujeta a los principios y bases establecidos en la LOAP y a los lineamientos de la Planificación Centralizada (Art. 99, *eiusdem*).

§620. Acto de supresión — Los institutos públicos solo podrán ser suprimidos por ley especial, la cual establecerá las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el respectivo Poder Ejecutivo nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal proceda a su liquidación (Art. 100, *eiusdem*).

C. ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE CON FORMA DE DERECHO PRIVADO

I. CON O SIN FINES EMPRESARIALES

§621. Planteamiento — También, nuestra realidad jurídico-administrativa ofrece, además de los mencionados entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, un conjunto de organizaciones a través de las cuales el Estado desarrolla actividades de interés general. Normalmente, se trata de organizaciones bajo la forma originaria privada y se rigen por el Derecho privado, y en todo caso, dependientes o integrando la estructura general del Estado.

§622. Tipología — Los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado son de dos tipos (Art. 29, num. 1 de la LOAP):

- Sin fines empresariales: que son aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realizan actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta, y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de los aportes de la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios.
- Con fines empresariales: son aquellos entes descentralizados funcionalmente que realizan actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta, y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de su propia actividad.

II. DE NATURALEZA FUNDACIONAL

a. *Fundaciones del Estado*

§623. Concepto — La doctrina venezolana (Garrido Rovira) señala que dentro de la tipología de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la figura de la fundación civil, como afectación permanente y exclusiva del patrimonio público a la consecución de fines estatales, ha quedado integrada al conjunto de personas jurídicas que constituyen el complejo organizativo del Estado. En tal supuesto, esto es, cuando el acto fundacional se produce dentro del campo del Derecho privado se está en presencia de las fundaciones civiles constituidas y dirigidas por el Estado, las cuales constituyen una forma fundacional jurídico-privada para la realización de objetivos estatales descentralizadamente.

Así las cosas, las fundaciones del Estado se caracterizan por la afectación de su patrimonio a un objeto de utilidad general (artístico, científico, literario, benéfico, social u otros) en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere la LOAP, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (fundaciones del Estado con aportes mayoritarios) (Art. 109, *eiusdem*).

Igualmente, son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio pase a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hayan sido sus fundadores (fundaciones del Estado beneficiarias de asignaciones públicas).

§624. Creación — La creación de las fundaciones del Estado debe ser autorizada respectivamente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores, los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución (Art. 110 de la LOAP).

En tales casos, el Estado no crea por vía legal una persona jurídica para atender una determinada actividad, sino que simplemente acude a una forma jurídico-privada preexistente y procede a realizar el acto fundacional necesario para dar vida, en el marco del Derecho privado, a una persona jurídica que se ocupará de realizar determinadas actividades de utilidad general, vinculadas a los fines del Estado.

Así las cosas, las fundaciones del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente a su domicilio, allí se archivará un ejemplar autén-

tico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial correspondiente, donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación, requisito este obligatorio, así como también lo es el deber de señalar, en el acta constitutiva, el valor de los bienes que integran el patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas.

Los mecanismos para la supresión, intervención y liquidación están previstos en el Art. 130 de la LOAP.

§625. Régimen jurídico — En cuanto a las normas que rigen las fundaciones del Estado se encuentran el Código Civil, la LOAP y las demás normas aplicables.

Finalmente, los empleados se regirán por la legislación laboral ordinaria (Art. 114 de la LOAP).

III. DE NATURALEZA SOCIETARIA: EMPRESAS DEL ESTADO

A. INTRODUCCIÓN

§626. Consagración constitucional — La intervención del Estado en la actividad económica y social es de un carácter multiforme, pues adopta muy distintos grados de volumen e intensidad. Es así que entre las principales formas para la realización de los fines que tiene encomendados figura la modalidad de la empresa pública.

En efecto, en el Derecho positivo la actividad de gestión económica directa del Estado encuentra expresa habilitación reconocida en los Arts. 299 y 330 de la C, al establecer la posibilidad de creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales.

§627. Concepto — La doctrina (Brewer-Carías) y la jurisprudencia (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de octubre de 1970, caso *C.A.N.T.V.,* GO Extr., Nº 1447, de fecha 15 de diciembre de 1970; y CSJ/SPA, de fecha 4 de marzo de 1982, RF Nº 5708, de fecha 21 de agosto de 1982) han incluido las sociedades mercantiles con participación o capital público, dentro del cuadro general de los entes integrantes de la Administración Pública descentralizada funcionalmente, y las mismas se encuentran vinculadas a las entidades públicas territoriales por relaciones jurídicas de control, tutela administrativa o adscripción, bajo la denominación que acoge el Derecho positivo de empresas del Estado, y que constituirían una especie del género más amplio que son las empresas públicas.

Ahora bien, concretamente las denominadas empresas del Estado son personas jurídicas constituidas mediante fórmulas de Derecho privado y sometidas, en principio, al mismo régimen que las sociedades formadas por los particulares. Por lo común ostentan formas de sociedades de comercio y, en consecuencia, se rigen fundamentalmente por las disposiciones del Derecho mercantil. Sin embargo, en tiempos recientes se ha hecho cada vez más frecuente la promulgación de reglas de Derecho público aplicables a tales empresas, operándose una gradual transformación de su régimen jurídico que hoy puede calificarse como híbrido o mixto.

§628. Concepto — Los entes descentralizados funcionalmente de naturaleza societaria están constituidos, según la LOAP por las empresas del Estado (Art. 102 y ss., *eiusdem*) con fines empresariales (Arts. 15 y 29, num. 1 de la LOAP).

En efecto, el Art. 102 de la LOAP indica que las empresas del Estado son personas jurídicas de "Derecho público constituidas de acuerdo a normas de Derecho privado" en los cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere la LOAP, solos o conjuntamente, tengan una participación decisiva mayor al cincuenta por ciento del capital social (criterio cuantitativo).

Al respecto la doctrina (Caballero Ortiz) advierte correctamente, la contradicción en que incurren los Arts. 102 y 29 num. 1 *eiusdem*, conforme a los cuales debe decirse que las empresas del Estado son personas jurídicas de Derecho privado y están constituidas de acuerdo con las normas de Derecho privado, en razón de lo cual propone que en una futura reforma debería ser objeto de revisión y corrección.

§629. Importancia — La importancia que ha adquirido en los últimos tiempos la forma societaria en el Derecho público ha enriquecido su lenguaje con una categoría nueva: establecimientos o entes públicos asociativos, categoría conceptual aplicable a una pluralidad de entes de la misma clase. De ahí que el recurso, por parte del legislador, a la forma jurídica de la sociedad anónima para la configuración de los entes jurídico-públicos, en nuestro Ordenamiento positivo es uno de los ejemplos más caracterizados (por ejemplo: el Banco Central de Venezuela y el Banco Industrial de Venezuela.

§630. Características — Las empresas del Estado presentan las características siguientes:

- El término "Estado" no solo corresponde a la República, que es la persona jurídica pública mayor, sino que alude a un grupo de personas jurídicas que podríamos llamar "del sector público".
- Se trata de sociedades mercantiles, que son entes descentralizados funcionalmente, con forma de Derecho privado y fines empresariales, según que la actividad principal sea la producción de bienes y servicios destinados a la venta, y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de dicha actividad, según lo entiende el Art. 29 de la LOAP.
- El criterio legal determinante para la calificación de las empresas del Estado, es el carácter mayoritario de la participación del sector público en el capital social, esto es, cuando el Estado o alguno de los entes descentralizados funcionalmente ejercen el control mayoritario de la empresa (control estatal) al poseer más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones que componen el capital social respectivo.

§631. Criterio jurisprudencial — En el Derecho positivo se ha planteado la discusión sobre si, además del criterio legal cuantitativo (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 20 de enero de 1983, RDP, Nº 13, EJV, Caracas, 1983; 13 de diciembre de 1984, 5 de agosto de 1886; 21 de junio de 1988; y 26 de julio de 1988) bajo la derogada LOCSJ (Art. 42, ord. 15), la reformada LOTSJ (Art. 5, num. 24) y la vigente LOJCA (Arts. 9, nums. 8 y 9, 23, nums. 1 y 2, 24, nums. 1 y 2, y 25, nums. 1 y 2) se amplía el concepto de empresa del Estado a aquellos supuestos donde, si bien el sector público no tiene la mayoría accionarial, sin embargo tiene una intervención decisiva en cuanto a la conducción y administración, esto es, el poder de dirección y control (criterio "cualitativo") de la sociedad mercantil respectiva (Véase Sents. de la CSJ/SCC, de fecha 2 de noviembre de 1983; y Nº 59, de fecha 26 de febrero de 1987, GF Nº 135, Vol. III, p. 1.184).

Al respecto se sostiene que la jurisprudencia admite el criterio ampliado de empresa del Estado al aceptar también la participación decisiva del Estado cuando ostenta un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección y administración se refiere (Véase Sents. del TSJ/SPA, de fechas 2 de septiembre de 2004 (Nº 1209); 7 de septiembre de 2004 (Nº 1315); 27 de octubre de 2004 (Nº 1900); y 24 de noviembre de 2004 (Nº 2271) o una "participación decisiva calificada", mediante la titularidad de un grupo de acciones privilegiadas, preferenciales o *golden shares* que permitan el control por parte del Estado de la empresa de que se trate (Véase Sents. Nos. 65 y 427 del TSJ/SPA, de fechas 6 de febrero de 2001 y 18 de marzo de 2003, respectivamente).

B. RÉGIMEN JURÍDICO

§632. Creación — De acuerdo con el Art. 103 de la LOAP, la creación de la empresa del Estado debe ser autorizada por el Presidente de la República en

Consejo de Ministros, los gobernadores y los alcaldes, según corresponda, mediante decreto o resolución de conformidad con la LOAP.

Las empresa del Estado adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el decreto que autorice su creación (Art. 103, *eiusdem*).

Finalmente, los trámites de registro de los documentos referidos a la empresa del Estado estarán exentos del pago de aranceles y otras tasas previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral (Art, 103 *in fine*).

§633. Requisitos — Adicionalmente a los requisitos y formalidades requeridos por el C de C para la creación de las empresas del Estado, la LOAP exige el cumplimiento de los siguientes (Art. 103 de la LOAP):

- Los previstos en el artículo 16 de la LOAP: (i) indicación de su objeto y delimitación de sus competencias; (ii) determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa; (iii) previsión de las partidas y asignaciones presupuestarias necesarias para su organización, funcionamiento o reformas organizativas; (iv) la supresión, modificación o liquidación debe adoptarse mediante actos que gocen de rango normativo igual o superior al de aquellos que determinaron su creación o última modificación; y (v) no podrá crearse nuevos entes que supongan duplicación de las competencias de algún otro ente ya existente mientras no se suprima o restrinja debidamente la competencia de éstos.
- La autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros si es dentro del ámbito nacional (Art. 103 de la LOAP).
- La protocolización del acta constitutiva en el Registro Mercantil y archivo de un ejemplar auténtico de los estatutos y de la Gaceta Oficial donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (Art. 103 de la LOAP).
- La publicación, en la Gaceta Oficial, de todos los documentos que, conforme al C de C, tienen que ser objeto de publicación (Art. 104 de la LOAP).

§634. Régimen jurídico mixto — En cuanto al régimen jurídico aplicable, las empresas del Estado se rigen por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la LOAP. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la LOAP (Art. 107 *eiusdem*). En tal sentido, hoy día cobra vigencia la doctrina administrativa de la PGR al señalar que la empresa del Estado está sometida a un régimen jurídico mixto.

§635. Registro de la composición accionaria — A los fines de su ejercicio presupuestario, el Ministerio o el órgano estadal o municipal competente en materia presupuestaria llevará un registro de la composición accionaria de las empresas donde el Estado tenga participación en su capital social, y remitirá semestralmente copia del mismo a la comisión correspondiente de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos, de los Cabildos Metropolitanos o de los Consejos Municipales, dentro de los primeros treinta días del semestre siguiente (Art. 108 de la LOAP).

§636. Publicidad — La LOAP indica la obligación de publicar todos los documentos relacionados con las empresas del Estado que conforme al C de C tienen que ser objeto de publicación, en la Gaceta Oficial, el medio de divulgación oficial de los estados, de los distritos metropolitanos o de los municipios (Art. 104, *eiusdem*).

C. CLASIFICACIÓN

§637. Empresas con único accionista — Las empresas del Estado podrán crearse con un único accionista y los derechos societarios podrán ser ejercidos por la persona pública territorial que sea titular de la totalidad de las acciones, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la ley (Art. 105 de la LOAP).

§638. Empresa matriz — Para la creación de empresas matrices se establece que estas procederán cuando operen varias empresas del Estado en un mismo sector, o requieran una vinculación aunque operen en diversos sectores, caso en el cual el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde correspondiente podrá crear empresas matrices tenedoras de las acciones de las empresas del Estado y de las empresas mixtas correspondientes, sin perjuicio de que los institutos autónomos puedan desempeñar igual función (Art. 106, *eiusdem*).

§639. Empresa mixta — En ocasiones, el Estado o las demás entidades jurídico-públicas comparten con los particulares, en el seno de organizaciones constituidas con aportes económicos de ambos sectores, el desarrollo de una actividad, que al mismo tiempo que produce rendimientos económicos, procura la satisfacción de necesidades generales e impulsa el desarrollo socioeconómico del país. A la organización así constituida, en doctrina se la conoce como empresa mixta, denominación que significa la doble proveniencia de los recursos que aquella utiliza en la gestión que se le confía. Tal es el caso de las empresas mixtas para la realización de las actividades primarias de hidrocarburos, que regula la LOH.

El hecho de que menos del cincuenta por ciento (50%) del capital social, precisamente por razones de regulación de alta política económica, haya sido suscrito y pagado por particulares, asociando dos esferas de intereses, el público o social y el interés privado (capital privado), no implica sino la realización de los principios de la economía mixta o social de mercadeo.

IV. DE NATURALEZA ASOCIATIVA: ASOCIACIONES Y SOCIEDADES CIVILES DEL ESTADO

§640. Concepto — Los entes descentralizados funcionalmente de naturaleza asociativa, con sustrato personal están conformados, según la LOAP, por las asociaciones o sociedades civiles del Estado (Arts. 115 y 116 *eiusdem*), los cuales también se definen como entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho privado.

Según la LOAP, las asociaciones y sociedades civiles del Estado son aquellas en las que la República o un ente descentralizado funcionalmente posea el cincuenta por ciento (50%) o más de las cuotas de participación, y aquellas cuyo monto se encuentre conformado en la misma porción, por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro (Art. 115 de la LOAP).

§641. Creación — La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado deberá autorizarla el Presidente de la República mediante decreto, o a través de resolución dictada por el máximo jerarca descentralizado funcionalmente, que participe en su creación; y adquirirán personalidad jurídica con la protocolización de su Acta Constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos y de la Gaceta Oficial, donde aparezca publicado el decreto que autorice la creación (Art. 116 de la LOAP).

A las asociaciones y sociedades civiles del Estado le será aplicable lo establecido en los Arts. 111, 112, 113 y 114, *eiusdem,* los cuales determinan la obligación de publicación en la Gaceta Oficial de los documentos, señalamiento del valor de sus bienes, y legislación que las rige, respectivamente.

D. INTERVENCIÓN DE LOS ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE

§642. Competencia — La intervención de los entes descentralizados funcionalmente se acordará cuando existan razones que lo justifiquen por el Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, mediante acto que se publicará en la Gaceta Oficial de la República o en el medio de

publicación oficial estadal, del distrito metropolitano o municipal correspondiente, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales (Art. 125 *eiusdem*).

§643. Acto de intervención — El acto de intervención se decidirá mediante acto de intervención que se publicará en la Gaceta Oficial correspondiente. Dicho acto contendrá el lapso de duración de la intervención y los nombres de las personas que formarán parte de la junta interventora (Art. 126 de la LOAP).

§644. Junta interventora — La junta interventora procederá a redactar y ejecutar uno o varios presupuestos sucesivos tendentes a solventar la situación del instituto, cumpliendo al efecto lo preceptuado en la legislación presupuestaria (Art. 127 de la LOAP).

La actuación de la junta interventora se circunscribirá estrictamente a realizar los actos de administración necesarios para mantener la continuidad de las atribuciones o actividades a cargo del instituto intervenido (principio de continuidad), proveyendo al cumplimiento de sus obligaciones y adoptando las medidas conducentes a evitarle cualquier perjuicio (principio de conservación).

La gestión de la junta interventora cesará tan pronto haya logrado rehabilitar el patrimonio del instituto intervenido (Art. 129, *eiusdem*).

§645. Informe de intervención — El Ministro u órgano de adscripción nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal examinará los antecedentes que hayan motivado la intervención y, de acuerdo con sus resultados, procederá a remitir a los órganos competentes los documentos necesarios con el objeto de determinar la responsabilidad penal, civil, administrativa o disciplinaria de los integrantes de los órganos de dirección y administración

§646. Acto de restitución — En caso de que se haya rehabilitado el patrimonio del ente descentralizado funcionalmente intervenido, el Presidente de la República, gobernador o alcalde, mediante acto según corresponda, restituirá el régimen normal, y dispondrá lo procedente respecto a la integración de los órganos directivos (Art. 129, *eiusdem*).

§647. Acto de supresión y liquidación — El Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda, decidirá la supresión y liquidación del ente descentralizado objeto de la intervención, y designará a las personas encargadas de ejecutarlas y las reglas que estime necesarias a tales fines (Art. 130 de la LOAP).

La personalidad jurídica de las entidades descentralizadas funcionalmente subsistirá para los fines de la liquidación, hasta el final de esta (artículo 130 *in fine* de la LOAP).

DESCONCENTRACIÓN FUNCIONAL Y TERRITORIAL

A. INTRODUCCIÓN

§648. Concepto — La doctrina sostiene que la desconcentración administrativa es el principio jurídico de organización en virtud del cual se transfieren competencias de los órganos superiores a los órganos inferiores, o bien, cuando disminuye la subordinación de estos frente a aquellos.

En definitiva, consiste en una modificación de las normas que distribuyen la competencia, de forma que se produce una variación en su titular. El fenómeno más corriente es el producido por el desplazamiento de la competencia a órganos de inferior nivel jerárquico con el objetivo de acercarse a las personas y mejorar el servicio prestado. El proceso se denomina desconcentración y a él alude de forma expresa el Art. 31 de la LOAP.

En este orden de ideas, el Art. 31 de la LOAP establece la desconcentración administrativa, como otro mecanismo para la transferencia del ejercicio de la competencia, sin que en estos casos opere la traslación de la titularidad de la competencia, y la cual tiene por finalidad que la Administración Pública cumpla las metas y objetivos fijados, pudiendo adaptar su organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y de particularidad territorial. Dicha técnica consiste en la transferencia de atribuciones desde los órganos superiores de la Administración Pública a sus órganos inferiores, mediante acto administrativo de conformidad con la LOAP (Art. 31, único aparte), de acuerdo con determinadas condiciones de especialidad funcional (desconcentración funcional) y de particularidad territorial (desconcentración territorial).

La desconcentración de atribuciones en órganos inferiores de los entes públicos solo podrá revertirse mediante la modificación o derogación del instrumento jurídico que le dio origen (Art. 31, *in fine* de la LOAP).

§649. Distinción — Es la forma más simple de traslado de competencias, pero esta vez en forma permanente, general y abstracta, la cual puede ser de dos tipos: (i) funcional; y (ii) territorial (Brewer-Carías).

B. REQUISITOS

§650. Plan — Para que exista la desconcentración administrativa es necesario que se den los requisitos siguientes: (I) objetivos; (ii) subjetivos; y (iii) formales.

§651. Objetivos — Debe haber una transferencia de competencias o disminución de la subordinación a que está sometido un órgano inferior respecto del órgano superior.

§652. Subjetivos — La transferencia de competencias se debe realizar entre órganos de un mismo ente, de una misma persona jurídica pública. Es por tanto, una relación entre elementos de un mismo órgano o entre órganos de una misma persona jurídica pública.

§653. Formales — La desconcentración administrativa requiere de una norma de rango legal expresa, en el sentido de que se está disponiendo de la competencia.

C. EFECTOS

§654. Enumeración — Los efectos de la desconcentración funcional y territorial son los siguientes (Art. 32 de la LOAP):

- Transfiere únicamente la atribución.
- La persona jurídica en cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente.

D. SERVICIOS DESCONCENTRADOS

I. INTRODUCCIÓN

§655. Concepto — La LOAP (2001) consagró inicialmente la figura de los servicios autónomos sin personalidad jurídica. Son, una figura intermedia entre la estructura y el rigor de la Administración Pública Central y la Administración Pública Descentralizada o indirecta. Son entes conocidos como: Administración, Servicios, Fondos, Patrimonios o Haciendas autónomos, en el sentido que gozan de una autonomía financiera sin personalidad jurídica, y convertidos en instrumentos para conseguir la flexibilidad en el manejo de fondos. Son pues, organismos autónomos que se tienen como cajas especiales o fondos separados, lo cual supone para algunos un rompimiento del principio de la unidad del tesoro, si bien para otros lo que se quebranta es el principio de universalidad del presupuesto del Estado.

Los servicios autónomos sin personalidad jurídica eran considerados como patrimonios unitarios y permanentes afectados a realizar una determinada actividad, cuya administración, aun cuando dependiente de la jerarquía administrativa, tiene una cierta autonomía funcional en el dominio financiero, presupuestario, contable y de gestión, sin adquirir personalidad jurídica distinta de la persona jurídica pública correspondiente.

La reforma de la LOAP de 2008 sustituyó la nomenclatura de los servicios autónomos sin personalidad jurídica por la de servicios desconcentrados (Art. 93 de la LOAP), aparentemente por considerar que el término autonomía para caracterizarlos resultaba impropia, y calificándolos como una especie de desconcentración. Sin embargo, en lo esencial constituyen una técnica de la organización de la Administración Pública a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de la competencia mediante la desconcentración administrativa, dotándoseles de una relativa capacidad de autodeterminación o auto-gestión en tres ámbitos, así: (i) la presupuestaria; (ii) la administrativa; y por último (iii) la financiera, según lo acuerde el respectivo reglamento orgánico.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§656. Consagración legal — Los servicios desconcentrados son regulados en la LOAP (Arts. 91 al 95) como un supuesto de desconcentración que puede asumir la forma de desconcentración funcional, y además ubicarse como un supuesto de desconcentración territorial.

§657. Creación — El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, mediante el respectivo reglamento orgánico podrá crear órganos con carácter de servicios desconcentrados sin personalidad jurídica, u otorgar tal carácter a órganos existentes en los ministerios y en las oficinas nacionales (Art. 93 de la LOAP).

§658. Condiciones — El acto de creación del servicio desconcentrado está sometido a las condiciones siguientes (Art. 93 de la LOAP):

- Solo podrá otorgarse el carácter de servicio desconcentrado en aquellos casos de prestación de servicios a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de ingresos.
- Contarán con un fondo separado, para lo cual estarán dotados de la capacidad presupuestaria o financiera que acuerde el reglamento orgánico que les otorgue tal carácter (Art. 94 de la LOAP, *eiusdem*).
- Los ingresos provenientes de la gestión de los servicios desconcentrados no forman parte del Tesoro y, en tal virtud, podrán ser afectados directamente de acuerdo con los fines para los cuales han sido creados. Tales ingresos solo podrán

ser utilizados para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines (Art. 94 de la LOAP).

§659. Reglamento orgánico — El reglamento orgánico que cree un servicio desconcentrado deberá contener (Art. 95 de la LOAP):

- La finalidad y asignación de competencias del servicio desconcentrado que se cree (num. 1).
- La integración y fuentes ordinarias de ingreso (num. 2).
- El grado de autogestión presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión que se acuerde (num. 3).
- Los mecanismos de control a los cuales quedará sometido (num. 4).
- El destino que se dará a los ingresos obtenidos, incluidos los excedentes al final del ejercicio fiscal (num. 5).
- La forma de designación del titular que ejercerá la dirección y administración, y el rango de su respectivo cargo (*num. 6*).

§660. Control — El Art. 92 de la LOAP establece que el ministro o el jefe de la oficina nacional, ejercerá el control jerárquico sobre los servicios desconcentrados, de conformidad con los lineamientos de la planificación centralizada.

Por su parte, también de acuerdo con el artículo 93 de la LOAP, los referidos servicios desconcentrados serán órganos que dependerán jerárquicamente del ministro, viceministro o jefe de la oficina nacional que determine el respectivo reglamento orgánico.

CONTROL DE TUTELA

A. INTRODUCCIÓN

I. PRINCIPIO DE UNIDAD

§661. Planteamiento — El ente descentralizado recibe sus atribuciones directamente de la ley con atribución de personalidad jurídica y, por ende, su separación no es absoluta pues no quebranta el principio de la unidad de la Administración Pública. Considerada en su conjunto, esta es, en verdad, una sola, con los mismos deberes esenciales, aunque con diversas actividades específicas.

La primera consecuencia importante del principio de unidad de la Administración Pública es la necesidad del control administrativo, lo que implica la vigilancia de numerosos órganos y personas públicas y privadas. En efecto, la realización de las funciones administrativas presupone una organización, es decir, un conjunto de personas públicas vinculadas entre sí, lo que origina el

denominado control de tutela o tutela administrativa, y a su vez, un conjunto de órganos vinculados entre sí por la jerarquía administrativa.

§662. Concepto — El concepto de tutela tiene su origen en el Derecho privado pero está plenamente incorporado en el Derecho administrativo con el nombre de tutela administrativa o según la LOAP control de tutela, y en el que adquiere caracteres propios.

Con la denominación de control de tutela se designa la técnica de control administrativo, de carácter limitado, otorgado a un ente público territorial sobre los entes descentralizados que de él dependen para velar por la legalidad y oportunidad de sus actos y su adecuación de aquel sector del interés público de la competencia del ente tutelante. Es pues, un conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior (ente tutelante) sobre los entes descentralizados funcionalmente (ente tutelado) y sobre sus actos, con el fin de protección de interés general.

II. DISTINCIÓN CON EL CONTROL JERÁRQUICO

§663. Naturaleza — El control jerárquico es un control normal inherente a la relación de jerarquía y no se requiere una norma, es una consecuencia del principio de jerarquía. Por el contrario, el control de tutela no se presume, pues debe estar expresamente determinado por la ley fundacional u otra de igual rango.

§664. Ámbito — El control de tutela se ejerce sobre las personas o sobre la actividad (por ejemplo, la remoción de los funcionarios públicos, el control por parte del ministerio de adscripción en las funciones del ente descentralizado, etc.).

Con relación a los institutos autónomos, la LOPA establece que todas las decisiones de los institutos autónomos pueden ser objeto de un recurso jerárquico ante el ministro de adscripción (Art. 96 de la LOPA). La doctrina, al sostener que por cuanto no existe una relación de jerarquía entre el órgano de adscripción y el ente adscrito, mal podrá denominársele de tal manera, por lo que prefiere denominarlo como recurso jerárquico impropio o, con más propiedad, recurso institucional.

§665. Elementos — El concepto de control de tutela que hemos dado se desglosa con precisión en diferentes elementos, así:

- Subjetivo: que integran el sujeto activo (ente tutelante) y el sujeto pasivo (ente tutelado).
- Formal: control limitado y expresamente atribuido por una norma de rango legal.

- Material: control que se proyecta sobre la legalidad y oportunidad de la actividad del ente tutelado.

III. CLASES

§666. Plan — Desde el punto de vista del contenido del control de tutela que se ejerce, existen diversos tipos, así: (i) tutela de legalidad; (ii) tutela material; y por último (iii) tutela orgánica.

§667. Tutela de legalidad — Es el control de la actividad del ente descentralizado funcionalmente, para comprobar su adecuación a la normativa aplicable, esto es, el control de la legalidad del ejercicio de las competencias propias para la gestión de sus respectivos intereses.

§668. Tutela material — Es el control para fiscalizar plenamente –incluida la oportunidad– la actividad del ente descentralizado.

En tal sentido, para el ejercicio de la tutela material, los administradores de los entes descentralizados funcionalmente remitirán anualmente a los ministerios u órganos de adscripción, el informe y cuenta de su gestión, el cual se evaluará conforme a los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño institucional de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente, elaborados por el ministerio u órgano a cargo de la coordinación y planificación. Esta evaluación será efectuada de conformidad con el reglamento respectivo (Art. 121 de la LOAP).

§669. Tutela orgánica — Está referida al control que se ejerce sobre los titulares de los órganos del ente tutelado, esto es, lo concerniente a su designación, remoción o destitución.

B. ADSCRIPCIÓN

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§670. Determinación — Los entes descentralizados funcionalmente se encuentran vinculados al Estado, pues forman parte integrante de este a través de la Administración Pública. En tal sentido, el autor Caballero Ortiz señala que una de las formas de vinculación, pero no la única, entre el instituto autónomo –y agregaríamos todo ente descentralizado funcionalmente, en general– y el ente de adscripción, se verifica a través de la figura de la adscripción (Art. 118 de la LOAP).

En efecto, la adscripción es la concreción del control de tutela de los ministros u otros órganos de control nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los entes descentralizados funcionalmente y también los órganos desconcentrados que le estén adscritos.

A nivel nacional, la misma es determinada mediante decreto del Presidente de la República, en Consejo de Ministros (Art. 117 de la LOAP).

§671. Alcance — En los casos en que la adscripción no se encuentre prevista en la ley de creación del ente descentralizado funcionalmente, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá determinar el ministerio de adscripción (Art. 117, numeral 1 de la LOAP).

§672. Variación — La adscripción del ente descentralizado funcionalmente que se encuentra prevista en su correspondiente ley o acto jurídico de creación, se podrá variar de acuerdo con las reformas que tengan lugar en la organización ministerial, y atendiendo, en especial, a la creación o supresión de los ministerios o cambios en sus respectivas competencias (Art. 117, numeral 2 de la LOAP).

§673. Adscripción accionarial — El Presidente de la República mediante decreto, en Consejo de Ministros, podrá variar la adscripción de las acciones de uno a otro órgano, o transferir sus acciones a un instituto autónomo o a otro ente descentralizado funcionalmente (Art. 117, num. 3 de la LOAP).

§674. Fusión y transformación — El Presidente de la República mediante decreto, en Consejo de Ministros, podrá acordar la fusión y transformación de las empresas del Estado y transformar en estas o en servicios desconcentrados, las fundaciones del Estado que estime conveniente (Art. 117, num. 4 de la LOAP).

II. ATRIBUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE ADSCRIPCIÓN

§675. Atribuciones comunes — Sin menoscabo de las atribuciones que puedan asignarle a los órganos de adscripción las leyes o actos de creación respectivos, estos conforme a los Arts. 119 y 121 de la LOAP, ostentan unas atribuciones comunes que podemos dividirlas en: (i) atribuciones correspondientes a la actuación de tutela jurídica; y (ii) atribuciones correspondientes a la técnica de cooperación, las cuales se identifican de la manera siguiente.

§676. Atribuciones correspondientes a la actuación de tutela jurídica — Son las siguientes:

- Nombrar los presidentes de institutos públicos, institutos autónomos y demás entes descentralizados (Art. 119, num. 3 de la LOAP).
- Suscribir compromisos de gestión con los entes descentralizados funcionalmente (Art. 121 de la LOAP).
- Ejercer la representación del ente político territorial según corresponda, en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas, fundaciones y asociaciones civiles del Estado que se encuentren bajo su tutela. A tales fines,

los entes descentralizados funcionalmente deberán informar al ministerio u órgano de adscripción acerca de toda participación accionaria que suscriban y de los resultados económicos de la misma (Art. 122 de la LOAP).

§677. Atribuciones correspondientes a la técnica de cooperación — Son las siguientes:

- Definir la política a desarrollar por los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias (Art. 119, num. 1 de la LOAP).
- Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control conforme a los lineamientos de la planificación centralizada (Art. 119, num. 2 de la LOAP).
- Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente de la República, gobernador o alcalde, según corresponda (Art. 119, num. 4 de la LOAP).
- Ser informado permanentemente acerca de la ejecución y requerir dicha información cuando lo considera oportuno (Art. 119, num. 5 de la LOAP).
- Proponer al titular del Poder ejecutivo, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de modificar o eliminar entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritas, de conformidad con la normativa aplicable (Art. 119, num. 7 de la LOAP).
- Publicar en la Gaceta Oficial de la República o en el medio oficial que corresponda, en el mes de enero de cada año, la lista de los entes descentralizados adscritos o bajo su tutela, con indicación del monto de la participación, si se tratare de una empresa del Estado, y de la conformación de su patrimonio si se tratare de un instituto público, instituto autónomo o una fundación del Estado (artículo 120 de la LOAP).
- Por último, indicar en ese mismo medio los entes que se hallen en proceso de privatización o de liquidación (Art. 120 de la LOAP).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública,* Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., "El sentido de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública", en *RDP* Nº 115 *Fundamentos de la Administración Pública,* T. I, 2ª Ed., Colección Estudios Administrativos Nº 1, EJV, Caracas, 1984 y *Ley Orgánica de la Administración Pública,* Colección Textos Legislativos, Nº 24, EJV, Caracas, 2002; Caballero Ortiz, J., *Los Institutos Autónomos,* 3ª. Ed., Caracas, 1995 y "La Descentralización Funcional", en *RDP* Nº 8; Fernández Vázquez, F., *Diccionario de derecho público,* Astrea, Buenos Aires, 1981; Garrido Rovira, J., *Temas sobre Administración Descentralizada en Venezuela,* Col. Estudios Administrativos Nº 3, EJV, Caracas, 1984; "El instituto autónomo como forma jurídica de la Administración Pública Nacional Descentralizada en Venezuela", en *RDP* Nº 3, EJV, Caracas; y "Ámbito orgánico de aplicación a las

fundaciones de la normas sobre las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado y el control de los aportes públicos a las instituciones privadas similares", en *RDP*, Nº 21; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Procuraduría General de la República, *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República,* T. I, Caracas, 1984.

LECCIÓN 5. ACTO ADMINISTRATIVO

Tema 16. Concepto

Sumario: TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: Introducción. Criterios. CONCEPTO: Declaración jurídica unilateral. Potestad administrativa. Efectos Jurídicos Subjetivos. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS: Reglamento. Contrato administrativo. Acto de gobierno. Hecho administrativo. Teoría de los actos de autoridad.

TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A. INTRODUCCIÓN

§678. Formas jurídicas — La función administrativa se ejercita a través de formas jurídicas específicas, que son los modos o mecanismos que el Ordenamiento jurídico positivo prevé para la exteriorización del obrar de la Administración Pública. En efecto, el régimen jurídico de la función administrativa, que en suma es el Derecho administrativo, está integrado por formas y principios jurídicos.

Las formas jurídicas administrativas son los modos de exteriorización o el continente jurídico de la función administrativa. Ellas y solo ellas son: (i) el acto administrativo; (ii) el reglamento administrativo; (iii) el hecho administrativo; y por último (iv) los contratos administrativos.

En este sentido nos apartamos de la clasificación propuesta por un sector de la doctrina, por considerar que la actuación interadministrativa o el denominado "simple acto" es exclusivamente una manifestación de la categoría más amplia del acto administrativo. Estas son las únicas formas jurídicas por las que la Administración Pública puede actuar en ejercicio de la función administrativa; no hay otra manifestación desde el punto de vista jurídico-administrativo que no se canalice por alguna de las enumeradas.

§679. Origen — En sus orígenes, cuando comenzó a utilizarse la expresión acto administrativo en el Derecho administrativo francés, en la época de la Revolución Francesa, surge para calificar las actuaciones de la Administración Pública excluidas de la revisión por parte de los tribunales ordinarios, cuando se les prohibió inmiscuirse en los asuntos administrativos y juzgar los actos de la Administración Pública.

Es en el año 1812, cuando el *Repertoire de Jurisprudence Guyot*' introduce la voz "acto administrativo" y se define de manera omnicomprensiva por

primera vez así: "Acto administrativo es la resolución, una decisión de la autoridad administrativa, o una acción, un hecho de la administración que tiene relación con sus funciones".

§680. Planteamiento — La teoría del acto administrativo es, sin duda, no solo una de las categorías jurídicas fundamentales, sino es el alma del Derecho administrativo contemporáneo pues está presente en todos los ámbitos. Es la institución por excelencia del Derecho administrativo que resume en sí las peculiaridades de esta disciplina jurídica. Sin embargo, uno esperaría que su adecuado manejo debiera perfilarse con contornos precisos y tener al propio tiempo una definición pacífica y uniforme. Y, sin embargo, no es así.

B. CRITERIOS

§681. Definición sincrética — En el estado actual del Derecho positivo, el Art. 7 de la LOPA nos ofrece una definición sincrética. En efecto, se entiende por acto administrativo: (i) las declaraciones contentivas de efectos, tanto de carácter general como de carácter particular (criterio material); (ii) emitidas de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley (criterio formal); y por último (iii) por los órganos de la Administración Pública (criterio orgánico).

En consecuencia, el acto administrativo así definido, combinando todos los elementos, sometido a los requisitos que por vía de formalidades fija el legislador (Arts. 14 al 18 de la LOPA), constituye la referencia obligada a los fines de determinar si se está o no en presencia de un acto jurídico que pueda ser calificado de administrativo y, por ende, sometido al Derecho administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así las cosas, pasamos de seguidas al análisis de los criterios orgánico, formal y material que, según el estado actual del Derecho administrativo positivo, pretenden determinar la existencia de un acto administrativo.

§682. Orgánico — La definición legal del acto administrativo, a partir de la Administración Pública de la cual emana, ha justificado, durante mucho tiempo, el adjetivo "administrativo" que comporta el término, y resalta la importancia del vínculo entre el acto jurídico y la autoridad administrativa.

§683. Formal — Por su parte, el criterio formal alude tanto a la manera como se exterioriza, como al proceso de formación. En ese sentido, por un lado, en razón del carácter formal que inspira la LOPA, el acto administrativo como declaración expresa debe ser escrito y cumplir los requisitos establecidos en los Arts. 7 y 18 *eiusdem,* por lo que cualquier excepción a este principio general tendrá que ser expresamente consagrado por la ley (Véase Sents. de

la CSJ/SP, de fecha 6 de junio de 1991, RDP, Nº 46, p. 107; y de CSJ/SPA, de fecha 30 de marzo de 1993, RDP, Nº 53/54, p. 201). Y por el otro, el acto administrativo tiene regulado su proceso de formación, de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la LOPA que regula el procedimiento administrativo, según veremos en la Lección 9.

§684. Material — Por último, el concepto legal se vincula al criterio material. En principio, cuando un acto emana de una persona de Derecho privado, no se encuentran presentes los criterios orgánico y formal que permiten presumir su carácter administrativo, a diferencia de como acontece respecto de los actos de las personas de Derecho público.

CONCEPTO

§685. Planteamiento — Sin pretender dar un concepto de validez universal y de carácter atemporal del acto administrativo, nuestro objeto es desagregar el conjunto de rasgos o notas específicas que lo distinguen de los demás actos jurídicos y, en tal sentido, descubrir cuál de los actos de la Administración Pública constituye esta categoría jurídica específica, a la cual pueda aplicarse un régimen jurídico específico, por oposición a aquellos otros que quedan excluidos del concepto.

En tal sentido, podemos describir el acto administrativo señalando que es una declaración jurídica adoptada por la Administración Pública de modo unilateral, en ejercicio de una potestad administrativa otorgada por el Ordenamiento jurídico y destinada a producir efectos jurídicos subjetivos.

A. DECLARACIÓN JURÍDICA UNILATERAL

I. DECLARACIÓN

§686. Planteamiento — El acto administrativo se presenta como un acto jurídico, y como tal constituye una declaración en cuanto pronunciamiento, con todos los caracteres que tienen todos los actos jurídicos en cualquiera de las otras disciplinas.

Se trata de un proceso de exteriorización intelectual y no material (Dromi); en consecuencia, señala la doctrina argentina (M. M. Diez), la necesidad de que el acto administrativo se concrete en una declaración impide que pueda considerarse como tal una actividad (o inactividad) puramente material o técnica que puede realizar la Administración Pública, esto es, los hechos administrativos.

II. DECLARACIÓN JURÍDICA

§687. Distinción — Sin embargo, el principal problema que se plantea al describir el acto administrativo está en el equívoco paralelo entre el acto jurídico privado y el acto administrativo al que se le define con una manifestación de voluntad. Y es el que el acto administrativo no constituye ni un negocio jurídico, ni siquiera una manifestación de voluntad en su exacto y preciso sentido jurídico. Y la razón es que la interpretación del acto administrativo no se debe vincular a la voluntad presunta o expresa del órgano administrativo, sino a la norma jurídica que habilita a tal órgano para producir la declaración jurídica.

En consecuencia, el acto administrativo es, pues, un acto jurídico, y como tal una declaración jurídica, pero no es una manifestación de voluntad tal como la dogmática civil ha construido la doctrina de la manifestación de voluntad (Escuela Italiana), y como tal es una voluntad administrativa.

§688. Voluntad administrativa — En efecto, en los sujetos jurídicos de Derecho público no es psíquico sino jurídico el camino de formación de su declaración jurídica. Así, la noción de voluntad administrativa referida al acto administrativo no tiene el mismo sentido psíquico y subjetivo de la voluntad en el Derecho privado, cuando esta se trata con relación a los actos jurídicos de las personas físicas.

En la voluntad administrativa se destacan distintos momentos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento administrativo establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad y, finalmente, su declaración o exteriorización, que es cuando alcanza trascendencia o significación jurídica. En consecuencia, la voluntad administrativa no puede equipararse a la de las personas. Esta es una voluntad natural, aquella es una voluntad normativa (Garrido Falla,), o voluntad orgánica (García-Trevijano).

III. DECLARACIÓN JURÍDICA UNILATERAL

§689. Administración Pública — La regla general es que la declaración jurídica debe ser producto de un sujeto administrativo, esto es, una Administración Pública. En efecto, el Art. 7 de la LOPA utiliza la expresión "los órganos de la administración pública", como sinónimo de autoridad incluida dentro del Poder Ejecutivo.

Lo anterior ha llevado a otra fuerte polémica de la distinción entre los que han dado en llamar el acto administrativo en sentido formal y el acto

administrativo en sentido material, según se lo considere en cuanto a su contenido, o la naturaleza del órgano del que emana, respectivamente (Diez).

§690. Unilateralidad — La declaración jurídica adoptada por la Administración Pública, desde el punto de vista del origen, es de naturaleza unilateral (García-Trevijano, Diez). Son declaraciones que no tienen equivalente en el Derecho privado en las relaciones entre particulares donde, sabemos, la autonomía de voluntad es de principio.

Por tanto, la Administración Pública al dictar un acto administrativo procede siempre de manera unilateral, esto es, que la emanación y contenido de la declaración jurídica dependen de la voluntad –normativa u orgánica- de un único sujeto de Derecho: la Administración Pública. Es en esta nota donde cabría la excepción de los actos administrativos adoptados no solo por otros órganos del Poder Público, sino también por personas privadas (teoría de los actos de autoridad).

B. POTESTAD ADMINISTRATIVA

§691. Antecedentes — Originalmente, para describir el acto administrativo, el primer criterio utilizado fue el material, entonces se dijo que el acto administrativo era aquel que dicta la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa (Véase Sent. Nº 2862 del TSJ/SPA, de fecha 20 de noviembre de 2002, RDP Nº 89/90, p. 300). En principio, en caso del órgano o ente de la Administración Pública solo la declaración jurídica unilateral que emita en ejercicio de una función administrativa sería un acto administrativo.

Sin embargo, el concepto de función administrativa es también sumamente confuso y, por eso, la doctrina contemporánea ha preferido sustituir el concepto de función administrativa por el ejercicio singular de la prerrogativa de Poder Público, potestad pública que al estar referida a la Administración Pública se denomina potestad administrativa.

§692. Potestad administrativa — El acto administrativo es comúnmente presentado por la doctrina francesa como la primera de las *prérrogatives de puissance publique* (Poder Público), o del Poder administrativo. Es el procedimiento-tipo de la acción administrativa, el más revelador desde el punto de vista teórico, de las *prérrogatives de puissance publique* (Rivero), o la más importante –y no la única– de las prerrogativas exorbitantes del Derecho común (Vedel).

En efecto, el acto administrativo implica el ejercicio singular de un poder o más propiamente de una potestad administrativa inicialmente reconocida a la Administración Pública. Por ello no es necesario acudir a la declaración

de voluntad (Meilán Gil). Y es que la voluntad y la potestad administrativa juegan en ámbitos diferentes. La primera en el ámbito del Derecho privado; y la segunda en el ámbito del Derecho administrativo.

Así el razonamiento es simple: ¿Cuándo estamos en presencia de un acto administrativo? Cuando es puesto en obra un medio exorbitante del Derecho común, esto es, el ejercicio de la potestad administrativa (DIEZ). En tal sentido, la Administración Pública actúa como Poder jurídico dotado de poderes exorbitantes al Derecho común que se justifican en la realización del interés general que tiene a su cargo, y por ello es un poder remarcable de la Administración Pública: es más, es la primera de las prerrogativas de poder o potestad pública (Chapus).

C. EFECTOS JURÍDICOS SUBJETIVOS

§693. Directos o indirectos — Finalmente, si el acto jurídico es una declaración jurídica encaminada directamente a la producción de efectos jurídicos, descripción esta aplicable con carácter general, también, a los actos administrativos, es claro que en estos no pueden faltar los efectos jurídicos subjetivos, ya sean de carácter directo como la declaración o manifestación de una voluntad (decisión), o indirecto o mediato como otros estados intelectuales (juicio, conocimiento, deseo), respecto de una persona, cosa o situación particular.

En consecuencia, es el reconocimiento, creación, modificación o extinción de una situación jurídica individualizada, con lo que abarcaría no solo las decisiones (*décisions exécutoires*, *proveimientos*, etc.), sino también las declaraciones de conocimiento, de juicio o de deseo.

§694. Fundamento jurídico — Los efectos jurídicos subjetivos, según la doctrina española, son siempre derivados de la ley y no de la voluntad (García-Trevijano Fos), pues no hay declaración de voluntad en su exacto y preciso sentido jurídico, y la razón fundamental está en que los efectos jurídicos subjetivos derivan de la norma (Villar Palasí).

§695. Contenido — Por lo que respecta a los efectos jurídicos subjetivos en ejercicio de una potestad administrativa –distinta a la reglamentaria– otorgada por el Ordenamiento jurídico, que consiste en definitiva en el acto administrativo, estos son de variado contenido así:

- Decisión: cuando incide en situaciones concretas al reconocer, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o individualizadas (derechos subjetivos u obligaciones); por ejemplo, el nombramiento de un funcionario público.
- Juicio: cuando el órgano administrativo emite una opinión; por ejemplo, el dictamen de la Consultoría Jurídica de un ministerio.

- Deseo: cuando la Administración Pública emite alguna declaración, expresando la conveniencia o la necesidad de que se haga determinada cosa; por ejemplo, un recordatorio del plazo para pagar los impuestos.
- Conocimiento: cuando la Administración Pública da fe de un hecho que presencia; por ejemplo, la certificación de un expediente o de un documento –por ejemplo, la expedición de una partida de nacimiento- conservados en los archivos y registros administrativos.

§696. Conclusión — En mérito a lo anterior, no todos los actos jurídicos que emanan de la Administración Pública son actos administrativos porque si bien, en principio, es condición necesaria que el acto jurídico emane de ella, sin embargo, no es condición suficiente.

Por tanto, se tendría que ir examinando caso por caso para concluir que un acto es administrativo, para lo cual tenemos que aplicarle todas las notas características que hemos dado anteriormente, pues todos los actos jurídicos de la Administración Pública no responden a una categoría jurídica única, sino solo el conjunto de actos dictados en el ejercicio de la potestad administrativa (Diez).

DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

A. REGLAMENTO

§697. Plan — El primer problema que plantea el acto administrativo es con relación a si el reglamento que es un acto normativo, a su vez, es o no un acto administrativo. Para dar respuesta se han construido dos tesis: (i) la tesis afirmativa; y (ii) la tesis negativa.

§698. Tesis afirmativa — La primera tesis que defiende la inclusión del reglamento entre los actos administrativos, es sostenida por un sector de la doctrina nacional (Lares Martínez, y Brewer-Carías), la cual tendría un posible apoyo en la derogada LOCSJ y continuaría con la vigente LOTSJ, en la propia LOPA y, finalmente, en la LOJCA con fundamento en la expresión de “actos administrativos de efectos generales”.

Al respecto el autor Pérez Luciani señala que la generalidad de una norma o la generalidad de cualquier acto jurídico está referida al número de sujetos a los cuales la norma se refiere, o por decirlo con otras palabras, por los sujetos para los cuales, en cualquier forma, la norma es eficaz, pero en ningún caso a los efectos que se suelen clasificar en efectos declarativos o meramente declarativos y efectos constitutivos y efectos constitutivos de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas.

§699. Tesis negativa — La segunda tesis se pronuncia por la negativa sobre la duda de si el reglamento debería ser considerado como acto administrativo. En efecto, el reglamento no se debería incluir en la categoría de actos administrativos generales, ya que esta no abarca los actos normativos; de modo que de acuerdo con la letra del Art. 7 de la LOPA, estarían comprendidos solo los actos individuales y los actos generales no normativos.

En resumen, el reglamento es distinto al acto administrativo, en razón de que el reglamento obedece a principios singulares y muy diferentes; según fuera analizado en el Tema 6.

B. CONTRATO ADMINISTRATIVO

§700. Importancia — También ha sido motivo de confusión la distinción entre acto administrativo y contrato administrativo. El contrato administrativo, que algunos autores lo incluyen entre los actos administrativos, aun cuando está sometido al Derecho administrativo en relación con algunas estipulaciones y potestades públicas que detenta la Administración Pública, no se le debe considerar como un acto administrativo.

En efecto, en el contrato administrativo se presenta la bilateralidad de la relación jurídica, pero acentuada por la concurrencia de dos partes para crearlas con carácter recíproco. Lo que caracteriza al acto contractual es la presencia de partes contrarias y opuestas que crean relaciones recíprocas y, por ende, sometidas a un régimen jurídico sustantivo específico; según se analiza en el Tema 20.

§701. Teoría de los actos separables — Sin embargo, hay que tener en cuenta lo que la doctrina contemporánea ha dado en llamar la teoría de los actos separables.

En efecto, la autoridad administrativa, para celebrar un contrato –público o privado– tiene que tener competencia para suscribir ese contrato y para formar la voluntad administrativa; también suelen fijarse ciertos requisitos y condiciones; por ejemplo, hay que seguir un procedimiento administrativo para seleccionar a la persona con quien la Administración Pública va a contratar. Todos estos actos preliminares a la suscripción del contrato, son actos administrativos separables, y pueden ser impugnados administrativa y jurisdiccionalmente.

C. ACTO DE GOBIERNO

§702. Concepto — En el Derecho positivo la existencia de los actos de gobierno no es discutida (Véase Sent. Nº 1185 del TSJ/SC, de fecha 2004) y su

criterio es estrictamente formal: es un acto dictado por el Presidente de la República en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y en ejercicio de la función de gobierno (Véase Sent. Nº 880 del TSJ/SC, de fecha 2000).

§703. Distinción — Un sector de la doctrina nacional (Lares Martínez) sostiene que la teoría del acto político o de gobierno no tiene mayor incidencia y, por ende, su inutilidad, por cuanto está sometido al control judicial por violación de la Constitución. Justamente, con el objeto de excluir del control judicial al acto político, se le calificó de político. Sin embargo, se señala que el acto de gobierno, también denominado acto político, permite identificar un acto jurídico estatal distinto de los actos administrativos, dado que no se encuentran sujetos en su expedición y ejecución a la ley, ni en lo que respecta a su control, al orden de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, por lo que respecta al sometimiento de los actos de gobierno al control de la constitucionalidad por el Máximo Tribunal de Justicia, la jurisprudencia hoy día afirma la plena aplicación del principio de la universalidad del control jurisdiccional de la constitucionalidad sobre todos los actos jurídicos estatales, incluidos, por supuesto, los actos de gobierno (Véase Sent. de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 31 de octubre de 1972, y posteriormente la CSJ/CP, de fecha de 13 de marzo de 1993; y Nº 2208 del TSJ/SC, de fecha 28 de noviembre de 2007, RDP Nº 112, p. 601).

§704. Características — Las características fundamentales del acto de gobierno son:

- Solo puede ser dictado por el Presidente de la República, como Jefe de Estado, "en cuya condición dirige la acción de gobierno" (Art. 226 de la C).
- Son dictados en ejecución inmediata de atribuciones establecidas directamente en la Constitución.
- No puede estar regulado o limitado por la Asamblea Nacional mediante leyes (Brewer-Carías), pues tienen el mismo rango que la ley.
- Y por último, pueden ser impugnados mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el TSJ/SC (Véase Sent. del TSJ/SC (880), de fecha 1 de agosto de 2000, RDP Nº 83, p. 93), e incluso por la vía de acción de amparo constitucional (Véase Sent. Nº 2208 del TSJ/SC, de fecha 28 de noviembre de 2007, RDP Nº 112, p. 601).

D. HECHO ADMINISTRATIVO

§705. Concepto — Hay que plantearse igualmente el problema de los llamados actos u operaciones materiales o de pura ejecución o, más propiamente, el denominado hecho administrativo. En efecto, la Administración Pública,

para cumplir sus funciones, necesita realizar actos materiales: por ejemplo, la construcción de una carretera, el tendido de una vía ferroviaria.

Ahora bien, ¿es que esos hechos son también actos administrativos? La respuesta también es negativa; se sostiene que esos hechos no tienen relevancia o significación jurídica, a menos que la Administración Pública, al realizar una de esas operaciones, cause un daño o perjuicio a un tercero. En este caso, surge la diferencia entre el acto administrativo y la operación material que es un hecho jurídico o con trascendencia jurídica.

E. TEORÍA DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD

§706. Planteamiento — La construcción de esta especial categoría es uno de los grandes aportes de la justicia administrativa al Derecho administrativo venezolano (Véase Sent. Nº 886 del TSJ/SC, de fecha 9 de mayo de 2002, caso *Cecilia Calcaño Bastidas*) y de las formas a través de las cuales la Jurisdicción Contencioso Administrativa contribuye al afianzamiento del Estado de Derecho y al control de la arbitrariedad de los sujetos dotados de Poder Público, capaz de incidir en la esfera jurídica de los otros sujetos (Véase Sent. Nº 1339 del TSJ/SPA, de fecha 13 de junio de 2000; Nº 766 del TSJ/SPA, de fecha 27 de mayo de 2003; y Nº 2727 del TSJ/SPA, de fecha 30 de noviembre de 2006, caso *Unidad Educativa Colegio Academia Merici de Venezuela*, en *RAP* Nº 108, p. 160) y que recibió consagración formal en el Art. 7, num. 6 de la LOJCA.

§707. Origen — La teoría de los actos de autoridad tiene antecedentes remotos en la legislación (LOCFC) y jurisprudencia al exigir, para la procedencia del recurso contencioso-administrativo, que exista previamente un “Acto de Autoridad Administrativa” (Véase Sent. de la CF, de fecha 3 d junio de 1958, GF Nº 20, 1958, pp. 123 y 124), pero tuvo su origen concreto en las decisiones relativas a los colegios profesionales (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de junio de 1978, caso *Arturo Luis Torres Rivero c/ Colegio de Abogados del Distrito Federal*; y la sentencia a la cual se atribuye el origen específico de la teoría: CPCA, de fecha 18 de febrero de 1986, caso *Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela* (*SACVEN*), en RDP Nº 25, enero-marzo, 1986, p. 102) donde, si bien al comienzo no se les consideraba como personas de Derecho privado en ejecución de servicios públicos capaces de proferir actos administrativos, tanto la doctrina nacional (R. Chavero Gadzik) como algunas decisiones judiciales, habían advertido el carácter privado de estas corporaciones y las consecuencias en el régimen jurídico-administrativo.

§708. Criterios — La teoría de los actos de autoridad significa el reconocimiento de la existencia de sujetos constituidos bajo la forma de Derecho

privado, calificados como entes de autoridad, ya que los mismos: (i) ejercen funciones públicas a través de actos públicos; (ii) ejercen potestades públicas (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de mayo de 1988, caso *Universidad Santa María*; de la CPCA, de fecha 26 de mayo de 1994, caso *Banco Caracas Casa de Bolsa*, en RDP Nº 57-58, 1994, pp. 324 y ss.; y CPCA, de fecha 13 de marzo de 2003, caso *Carlos Coromoto Bravo Barreto*); (iii) prestan un servicio público (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de mayo de 1993, caso *Ruperto Machado*): o por último (iv) o concurren los supuestos anteriores (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 24 de noviembre de 1986, caso *María Josefina Bustamante c/ Universidad Católica Andrés Bello*), conforme a las delegaciones que les hace la ley, y que a los efectos del control se denominan actos de autoridad y, por lo tanto, sometidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de mayo de 1998, caso *Fundación IDEA*; Nº 1339 del TSJ/SPA, de fecha 13 de junio de 2000; y Nº 1043 del *TSJ/SC*, de fecha 17 de mayo de 2006, en RAP Nº 106, p. 229).

§709. Examen de las teorías expuestas — El análisis de los criterios materiales analizados, esto es, potestad pública, servicio público y función pública, puede conducir a pensar que cada uno de ellos está en libertad de actuar independientemente, en particular, a propósito del análisis sobre los actos emanados de las personas de Derecho privado.

Al respecto debemos observar que un análisis no detenido de la jurisprudencia daría la impresión de que sus decisiones se fundamentan aislada y alternativamente en uno u otro de los criterios: a veces en el criterio de la potestad pública (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 13 de febrero de 1986, caso *Asociación de Tiro del Distrito Federal*, en Pierre Tapia, O., JCPCA, Ed. Oscar Pierre Tapia, Nº 20, 1986, pp. 42-55); a veces en el criterio de servicio público (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 19 de enero de 1988, caso *Ramón Escobar León* c/ *Universidad Católica Andrés Bello*, en Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos* (1980-1993), EJV, Caracas, 1998, pp. 137-140) y otras en la función pública (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 6 de junio de 2000, caso *Inversiones Dafel33, C.A.*).

Sin embargo, la conclusión primera parecería diferente. En efecto, las decisiones judiciales hacen igualmente referencia, a la vez, tanto al criterio de potestad pública como al de servicio público (o actividad de interés general) o la función pública. En efecto, la acumulación de los criterios resulta constatada con la presencia de un servicio público (o actividad de interés general) y el ejercicio de una potestad pública: ello es así, en particular cuando se revela que la persona privada ha sido encargada de la gestión de un servicio público (puerto, aeropuerto, etc.) y su decisión es adoptada en ejercicio de una potestad pública. En consecuencia, parecería que siempre un criterio

debe concurrir con el otro, precisamente porque uno solo no bastaría para que existiera un acto de autoridad.

Es por ello que aun en presencia de un servicio público, la jurisprudencia francesa reciente parece atribuirle una función determinante al ejercicio de una potestad administrativa; en defecto de esta, el acto no será administrativo (Véase CE, de fecha 17 de febrero de 1992, fallo *Sté. Textron*, Rec., p. 66; y TC, de fecha 13 de enero de 1992, fallo *Assoc. Nouvelle des Girondas de Bordeaux*, Rec., p. 473). Es por eso que también la doctrina francesa (Chapus) estima que el criterio material puesto en obra se "fundamenta sobre la distinción de las nociones de potestad pública y de gestión privada".

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010 y Vol. IV *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, 6ª. Ed., Col. Estudios jurídicos nº 16, EDJV, Caracas, 2003 y *Principios Fundamentales del Derecho Público*, EJV. Caracas, 2005; Casagne, J. C., *Derecho Administrativo*, Vol. I, Buenos Aires, 7ª Ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, 2002 y *El Acto Administrativo*, 2ª Ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978; Chapus, R., *Droit administratif*, Montchrestien, T. I, 15ª Ed., París; Chavero Gadszik, R., *Los Actos de Autoridad*, EJV, Caracas, 1996; Diez, M.M., *El Acto Administrativo,* TEA, Buenos Aires, 1961; García De Enterría, E. y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; García-Trevijano, J. A., *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Meilán Gil, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, Madrid, 2011; Pérez Luciani, Gonzalo, *La noción del acto administrativo*, Serie Discursos Nº 2, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009; Procuraduría General de la República, *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República,* Caracas, T. II, Caracas, 1984; Rivero, J. y Waline, J., *Droit administratif*, 21ª Ed., Dalloz, París, 2006; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004; Villar Palasi, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, 1986.

Tema 17. Elementos

Sumario: ELEMENTOS ESENCIALES: Introducción. Subjetivo. Objetivos. Teleológico. Formal. Procedimental. ELEMENTOS ACCIDENTALES: Condición. Modo. Término. Reserva de reversión administrativa.

ELEMENTOS ESENCIALES

A. INTRODUCCIÓN

I. TEORÍAS

§710. Planteamiento — La perfección, la validez y la eficacia del acto administrativo han determinado una constante preocupación por el estudio acerca de cuáles son, desde el punto de vista jurídico, las condiciones de su existencia y validez, lo cual coincide sustancialmente con la corrección de los elementos que deben concurrir simultáneamente, en la forma requerida por el Ordenamiento jurídico.

§711. Enumeración — Si bien no existe unanimidad en cuanto a la enumeración, en todo acto administrativo hay ciertos elementos de los cuales depende su existencia y validez, y ellos son.

- Elemento *subjetivo*: es decir, quién dicta el acto, qué condiciones debe reunir el titular del órgano.
- Elemento *objetivo*: tiene que ver con el objeto, la causa y el contenido.
- Elemento *teleológico*: tiene que ver con el fin.
- Elemento *formal*: se refiere a la forma de expresión y a la motivación.
- Elemento *procedimental*: referido al procedimiento administrativo debido para producirlo.

§712. Distinción — Los elementos del acto administrativo, en función de si son necesarios para que el acto administrativo exista o tenga validez, se distinguen a su vez en:

- Los elementos esenciales: el sujeto, el objeto, la causa, el contenido, el fin, la forma y el procedimiento administrativo.
- Los elementos accidentales: la condición, el término y el modo. La ciencia jurídica utiliza diversa terminología para estos últimos, siendo la más técnica la de cláusula accesoria.

§713. Concepto — Los elementos considerados esenciales o requisitos son aquellos de existencia necesaria en todo acto administrativo, y cuya regula-

ridad es condición de su existencia y validez, y que precisamente por serlo, asumen la categoría de requisitos.

B. SUBJETIVO

§714. Planteamiento — El elemento subjetivo del acto administrativo tiene que ver con la pregunta *¿quién* dicta el acto administrativo? En principio es el sujeto de la Administración Pública, el autor del acto administrativo, esto es, el órgano o ente que emite el acto administrativo y dentro de la esfera de competencias que está llamado a realizar.

§715. Plan — Los elementos referidos al autor del acto administrativo son los siguientes: (i) la legalidad de la investidura; (ii) la competencia; y por último (iii) la imparcialidad.

I. LEGALIDAD DE LA INVESTIDURA

§716. Idoneidad — Esta cuestión está relacionada con la titularidad legal del órgano administrativo de que se trate. La idoneidad frente al órgano se produce siempre que su investidura o toma de posesión funcionarial sea legal (titular o funcionario de derecho *de iure*). En caso contrario estaríamos en presencia de la teoría del titular o funcionario de hecho (*de facto*). Por tanto, la diferencia fundamental se encuentra en la legalidad del título originario.

§717. Teoría del funcionario de hecho — La vida regular de las instituciones aun en periodos de normalidad, no excluye la posibilidad de que existan personas que sin título regular o sin la investidura legal ejerzan funciones públicas. Se denomina habitualmente titular o funcionario de hecho (*de facto*) a la persona que, sin título o con título irregular, está en posesión y ejercicio de un cargo y ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario público.

En tal sentido, se plantea la doctrina sobre las consecuencias jurídicas dando lugar a dos (2) posiciones: (i) la tesis de la validez; y (ii) la tesis de la invalidez.

§718. Tesis de la invalidez — Por lo que respecta a la validez de los actos jurídicos realizados por los funcionarios de hecho, una primera tesis se pronuncia por el desconocimiento de todo valor jurídico, y cabe revalidación solo por ley (Ranelletti).

§719. Tesis de la validez — Otro sector de la doctrina uruguaya (Sayagués Laso) y doctrina nacional (Dpgr) se pronuncia por la validez y eficacia de los actos jurídicos realizados frente a los terceros afectados, con el fin de asegurar la estabilidad de las situaciones creadas por los actos administra-

tivos emanados de tales funcionarios de hecho, siempre que concurran las condiciones siguientes:

- Que exista *de jure* el cargo y la función ejercida irregularmente.
- El cargo ha de haberse ejercicio en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente. Esto es, siempre que exista apariencia de legalidad o investidura existente y patente (plausible).

II. COMPETENCIA

§720. Concepto — La jurisprudencia define la competencia como la aptitud legal de obrar, o la medida de la potestad atribuida por la ley a cada órgano administrativo (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 25 de julio de 1990, caso *Compagnie Générale Maritime (CGM),* RDP Nº 43, p. 65; y de la CPCA, de fecha 9 de diciembre de 1991, caso *Varios,* RDP Nº 48, p. 124).

Ahora bien, dentro de una organización administrativa, como suele ser la Administración Pública, con una pluralidad de órganos y entes entrelazados, es necesario proceder a hacer una distribución de las competencias (Art. 16, num. 1 de la LOAP) que corresponden a los distintos titulares de órganos y entes públicos que la integran.

§721. Criterios — El principio general es que la asignación, distribución y ejercicio de la competencia del órgano o ente se sujete a la Constitución, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley (Art. 4 de la LOAP).

Ahora bien, conviene precisar qué se debe entender por competencia, en atención a los criterios siguientes: (i) materia, (ii) grado, (iii) territorio y (iv) tiempo.

§722. Materia — Cada una de los órganos y entes tiene una competencia en razón de la materia que los distingue de los demás, y que comprende las áreas siguientes: (i) activa, por ejemplo un Ministerio; (ii) consultiva, por ejemplo la Procuraduría General de la República; y por último (iii) de control, por ejemplo la Contraloría General de la República.

§723. Grado — La organización administrativa se integra verticalmente, culminando en un órgano supremo (por ejemplo, el ministro), y por debajo de él existen los de rango inferior (por ejemplo, los viceministros). Lo expuesto da lugar a una competencia estructurada piramidalmente y diferenciada por el grado o nivel que se ocupe en la misma.

§724. Territorio — Este criterio se refiere a la distribución de la competencia en circunscripciones administrativas dentro del Ordenamiento jurídico: por ejemplo, las competencias nacional, estadal o municipal.

§725. Tiempo — Se trata de una distribución de la competencia en razón del tiempo; por ejemplo, las disposiciones transitorias que habilitan para la transformación de títulos habilitantes de telecomunicaciones.

III. IMPARCIALIDAD

§726. Concepto — Finalmente, además de la investidura legal y la competencia del titular del órgano y ente de que se trate, se exige la idoneidad frente a los interesados, la cual se da siempre que no concurran en el titular del órgano ninguna de las causales de inhibición a que se refieren los Arts. 36 de la LOPA y 33, num. 10, letras a) a la d) de la LEFP.

C. OBJETIVOS

§727. Plan — La doctrina distingue, dentro del examen de la estructura del acto administrativo, los elementos objetivos siguientes: (i) la causa; (ii) el objeto; y por último (iii) el contenido.

I. CAUSA

§728. Concepto — La determinación del elemento causa viene dada por la respuesta a la pregunta "¿por qué?", del acto administrativo. Entonces, la causa del acto administrativo resulta de una serie de circunstancias fácticas denominadas los presupuestos de hecho previstos en la norma (Garrido Falla). Por otro lado, los presupuestos de hecho pueden consistir en situaciones totalmente objetivas o implicar una operación valorativa: por ejemplo, en los casos de conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, incorrectamente a veces se identifica a veces la causa con la voluntad del acto (Zanobini), o con el fin de interés público que tiene el acto administrativo (Diez).

En consecuencia, la causa del acto administrativo serían los antecedentes o presupuestos de hecho y de derecho (M. Waline), que son los que sirven de fundamento a la aplicación de la norma jurídica y, en ese sentido, la causa sería una causa objetiva; la causa del acto administrativo estaría prevista y predeterminada por la ley y es la razón justificadora del acto administrativo (Véase Sent. del TSJ/SPA (157), de fecha 17 de febrero de 2000, RDP, Nº 81, p. 207).

II. OBJETO

§729. Concepto — El otro elemento del acto administrativo es el objeto. Sin embargo, suele confundirse el objeto y la materia o contenido sobre lo que se decide, opina o certifica.

La doctrina italiana (Zanobini) enseña que el objeto es la cosa, la actividad, la relación, aquello de que se ocupa y para que lo dispone jurídicamente, lo que resulta de su contenido; en fin todo aquello que puede formar objeto de las relaciones de Derecho público puede serlo de los actos administrativos.

§730. Caracteres — El objeto del acto administrativo ha de ser: (i) cierto, determinado o determinable; (ii) lícito; y por último (iii) posible.

§731. Cierto, determinado o determinable — El objeto debe ser cierto, determinado, o al menos determinable, esto es, que se pueda precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa (principio de determinación o precisión), puesto que la falta de un objeto determinado o preciso comporta la invalidez del acto administrativo correspondiente: por ejemplo cuando se señala que se sanciona sin decir cómo.

§732. Lícito — El objeto del acto administrativo también debe ser lícito, lo cual significa que él debe estar dentro de la esfera de potestades o competencias de la autoridad administrativa que dicta el acto.

§733. Posible — Finalmente, la exigencia de que el objeto sea posible -física y jurídicamente- está regulada en el Art. 19, ord. 3º de la LOPA, ya que si el objeto es imposible, la ley sanciona con la nulidad absoluta al acto administrativo de que se trate.

Por lo que respecta a la imposibilidad de hecho, esta se origina por falta o inexistencia de substrato personal (por ejemplo, la muerte); substrato material (por ejemplo, la desaparición del bien expropiado) o en fin substrato jurídico (por ejemplo, la sanción disciplinaria a quien no tiene el carácter de funcionario público).

Por último, en cuanto a la imposibilidad jurídica es cuando el objeto está prohibido por la ley: por ejemplo, sancionar con prisión un ilícito administrativo.

III. CONTENIDO

§734. Concepto — El contenido responde al "¿qué?" del acto administrativo. Es su sustancia, su esencia, es lo que dice la parte dispositiva; el contenido es lo que autoriza, lo que manda, lo que ordena, lo que permite (García-Trevijano), puesto que no es otra cosa que el fondo del asunto (Garrido Falla).

§735. Caracteres — El contenido del acto administrativo tiene los caracteres, que mencionaremos a continuación: (i) necesario; (ii) explícito; (iii) eventual: y por último (iv) positivo o negativo.

§736. Necesario — El contenido es necesario porque forma parte del acto administrativo y es lo que sirve para individualizar o tipificar el acto administrativo respecto a los demás (principio de tipicidad).

Lo anterior significa que el acto administrativo es nominal; existe una tipología del acto administrativo, la cual se encuentra descrita en la ley, dando lugar a una clasificación de los actos administrativos: por ejemplo, autorizatorios, aprobatorios, favorables, sancionatorios, etc.

§737. Explícito — También la declaración que haga la autoridad administrativa en aplicación de una norma legal en la que consiste el contenido, debe ser explícita.

No obstante, el contenido también puede ser implícito. Es la parte del acto administrativo que aunque no está determinada de manera expresa, sin embargo, hay que sobreentenderla. Por ejemplo, en los actos de adjudicación del procedimiento administrativo de selección del contratista, aun cuando no se diga, se supone que el adjudicatario deba dar cumplimiento a las Condiciones Generales.

§738. Positivo o negativo — Además, el contenido puede ser positivo cuando la Administración Pública accede a una solicitud hecha por un particular (por ejemplo: acordar la renovación de una habilitación administrativa); o, por el contrario, el contenido puede ser negativo cuando la Administración Pública niega la solicitud (por ejemplo: la declaratoria sin lugar de un recurso administrativo).

En este último caso, la negativa puede ser expresa (por ejemplo: denegación de una habilitación administrativa) o puede ser no expresa, cuando ha transcurrido un lapso determinado y la Administración Pública no se ha pronunciado y opera el denominado silencio administrativo negativo (por ejemplo: el silencio administrativo negativo en materia de telecomunicaciones).

§739. Eventual — Por último, el contenido eventual es la parte que puede ser introducida por la Administración Pública junto con la parte necesaria y explícita del acto administrativo. Así, este contenido eventual se diferencia de los otros dos tipos de caracteres en que el contenido eventual depende de la voluntad de la Administración Pública, y ello solo ocurre en ejercicio de una potestad discrecional (por ejemplo: la exigencia de una garantía de fiel cumplimiento). En cambio, el contenido natural y el contenido explícito o implícito derivan directamente de la ley.

D. TELEOLÓGICO

§740. Concepto — El elemento fin es la respuesta a la pregunta "¿para qué?" del acto administrativo. El acto administrativo persigue siempre una finalidad objetivamente determinada: el interés público y, por ende, todo fin tiene que ser necesariamente un fin público específico previsto en la norma, por lo que el fin legal viene a condicionar la validez del acto administrativo.

En tal sentido, el fin del acto administrativo aparece enunciado en el Art. 259 de la Constitución vigente y en el Art. 12 de la LOPA.

F. FORMAL

I. CONCEPTO

§741. Elementos formales — La formación del acto administrativo está sujeta a una serie de reglas de forma y de procedimiento numerosas, cuyo respeto condiciona su validez. El conjunto de tales reglas constituyen lo que se han denominado ordinariamente los elementos formales del acto administrativo (De laubadère).

La doctrina tradicional incluye bajo el grupo de elemento formal el tratamiento de las cuestiones siguientes.

- La forma de instrumentación de la declaración jurídica
- La motivación
- El procedimiento administrativo

§742. Planteamiento — A este respecto, no existe coincidencia de pareceres en la doctrina, ya que unos autores aceptan y otros repudian tal extensividad del concepto de la forma, aspecto este que está íntimamente vinculado con la teoría de la manifestación o declaración de la voluntad de la Administración Pública, como pondremos al relieve de seguidas.

El concepto de forma a su vez puede ser: (i) amplio; y (ii) estricto (técnico).

§743. Amplio — En este sentido, la forma consiste en cualquiera de los medios por los cuales se exteriorizan o formulan las declaraciones de voluntad administrativa. Cualquier actitud que importe ser una manifestación de voluntad administrativa debe necesariamente tener una modalidad exterior. Todas las manifestaciones tienen una forma, que no es más que el modo como la manifestación se hace. Modos o formas que van desde la modalidad del instrumento público hasta el comportamiento de hecho.

Por ello, bajo el concepto de forma, en sentido amplio, comprendería no solo la expresión de la voluntad administrativa, su exteriorización, su corpo-

rización o el medio de recognoscibilidad en el ámbito jurídico donde debe ser efectiva, sino también todo el *iter* que ha conducido a su emanación, aspecto este al que se le suele denominar formalidades, trámites o requisitos para diferenciarlo de la forma en su más estricto sentido.

En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia hubo receptado inicialmente la noción de forma con un sentido amplio (Véanse Sents. de la CPCA, de fecha 22 de junio de 1981, RDP, Nº 7, p. 155; y de fecha 9 de junio de 1983, RDP, Nº 15, p. 149).

§744. Estricto — Por el contrario, al referirse al concepto de forma en sentido técnico o estricto, la forma significa solo el medio de exteriorización de la declaración de voluntad administrativa que, de una manera predeterminada y concreta, exige la ley o la voluntad de las partes en algunos casos. Es la forma exigida para ciertos actos, o, como también se le conoce, la forma impuesta.

Es entendida como la determinada manera (escrituración, oralidad, signos convencionales o materiales) de exteriorización de la voluntad administrativa, y expresa relación únicamente con la manifestación externa de esta. En consecuencia, no comprendería las formalidades o trámites cuya producción exige la ley, tanto para la formación o preparación de la voluntad administrativa (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 26 de abril de 1984, RDP, Nº 18-164.) como para su impugnación y eficacia jurídica.

De lo anterior se desprende que la diferencia entre la formación (procedimiento administrativo) y la manifestación (forma y motivación) del acto administrativo es fundamental, según veremos a continuación.

II. MODALIDADES

§745. Instrumentación — El acto administrativo necesita de una forma de instrumentación de la declaración jurídica. En efecto, necesita de una forma externa de manifestarse y permitir su conocimiento por los destinatarios del mismo. Esta forma de la declaración suele estar predeterminada por la ley, y en este sentido, cada acto debe tener la forma prevista en la ley de conformidad con el Art. 18, nums. 1 al 8 de la LOPA.

§746. Principio de escrituriedad — En el Derecho positivo, el principio general es la forma expresa y por escrito de producción, y así lo recoge el Art. 18 de la LOPA, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma de más adecuada de expresión y constancia del mismo.

Sin embargo, las excepciones a esta regla general se justifican, por la naturaleza o circunstancias del acto administrativo de las modalidades que veremos a continuación.

§747. Verbal — La ley permite que el acto administrativo pueda instrumentarse de otra forma, cuando su naturaleza lo exija o permita. Esta forma excepcional puede ser verbal: por ejemplo, en los actos administrativos emanados de un cuerpo deliberante la decisión es verbal.

Sin embargo, la ley exige que esa decisión verbal sea documentada; es decir, que se recoja en el acta de la sesión correspondiente y que esa acta sea aprobada por el órgano colegiado deliberante. El acta vendrá a ser el documento que acredita la existencia del acto administrativo.

§748. Signos o señales — Hay, también, otras formas de instrumentarse la declaración administrativa: por ejemplo, en materia de circulación de vehículos se utilizan signos para indicar así en la dirección del tránsito, se debe esperar el paso de los otros vehículos; es decir, existe una serie de signos que regulan la dirección del tránsito.

Por tanto, también la declaración administrativa puede configurarse a través de medios acústicos (silbatos), luminosos (semáforos), visuales (carteles) o gestuales (mímica), aceptándose la posibilidad de que cuando concurran todos los requisitos pertinentes, la voluntad expresada pueda dar origen a un acto administrativo.

§749. Electrónico — Finalmente, a la luz de las múltiples posibilidades que permite el actual sistema informático dentro de la Administración Pública, no se excluye la viabilidad jurídica de automatizar sus declaraciones productoras de efectos jurídicos mediante la implantación del denominado acto administrativo electrónico, lo cual debería, en un futuro, ser objeto de regulaciones en lo que se refiere a su validez, valor probatorio y la firma electrónica en sede administrativa.

III. MOTIVACIÓN

§750. Concepto — Dentro de los elementos formales destaca la motivación del acto administrativo, que consiste en la exposición o expresión de los antecedentes de hecho (motivos fácticos) y fundamentos de Derecho (motivos jurídicos) que preceden y justifican el dictado del acto administrativo (es decir, a la expresión de la causa) (Sayagués Laso); esto es, la expresión sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho (Véanse Sents. Nº 0004, de fecha 14 de enero de 2009, RDP Nº 117, p. 159; y Nº 0056 del TSJ/SPA, de fecha 24 de enero de 2007, RDP Nº 109, p. 154). En este sentido se ha pronunciado

la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de julio de 1974, GO, Nº 1718 Extr., 20-01-75, p. 1).

Así las cosas, de acuerdo con el Art. 9 de la LOPA, la motivación es un requisito esencial, y por ello se exige que el acto administrativo sea motivado; y por su parte, el Art. 18, num. 5, *eiusdem*, dispone que en él se contenga "expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes".

§751. Obligatoriedad — En sus comienzos la jurisprudencia (Véanse Sents. de la CF/SPA, de fecha 15 de diciembre de 1936; y de la CF/SPA, de fecha 29 de marzo de 1938) estableció que los actos administrativos no necesitaban contener motivación expresa, hasta que se introdujo la exigencia de que debían expresar la causa o motivo que los inspira (Véase Sent. de la CF, de fecha 8 de agosto de 1957).

Por tanto, el Derecho positivo parte de la regla general de la obligación de motivar todos los actos administrativos, explicitándose las excepciones que procedan.

§752. Objeto — La consideración del requisito de la motivación como elemento de fondo le viene dado por el objeto que con el mismo se persigue. En efecto, la jurisprudencia ha señalado que el mismo comprende los aspectos siguientes:

- Preservar el acto administrativo de la arbitrariedad del funcionario público.
- Hacer del conocimiento de las personas afectadas el motivo o elemento de fondo (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 30 de marzo de 2000, RDP Nº 81, p. 209).
- Permitir a los órganos competentes el control de la legalidad.
- Y por último, hacer posible a los administrados el ejercicio del derecho a la defensa (Véanse Sents. Nº 875 de la CSJ/SPA, de fecha 19 de diciembre de 1996; y Nº 0006 del TSJ/SPA, de fecha 9 de enero de 2008, RDP Nº 113, p. 195).

§753. Caracteres — Los caracteres de la motivación son los siguientes:

- Es obligatoria si lo impone la ley (Art. 9 de la LOPA); o facultativa en caso contrario.
- Es amplia o sucinta, pero en todo caso, debe ser suficiente para explicar los motivos que tuvo la autoridad administrativa para dictar el acto administrativo, pero no insuficiente (Véase Sent. del TSJ/SPA ACC (389), de fecha 22 de abril de 2004, *RDP*, Nº 97-98, p. 308).
- Es anterior o concomitante (Véase Sent. Nº 1815 del TSJ/SPA, de fecha 3 de agosto de 2000).
- No debe ser contradictoria ni ininteligible.

- Más que un elemento formal, es un requisito de fondo; pues es un requisito que perfecciona el acto administrativo.

§754. **Clases** — El examen de las formas que puede revestir la motivación del acto administrativo exige distinguir entre: (i) la motivación contextual; y (ii) la motivación por remisión o *aliunde*.

§755. **Motivación contextual** — La motivación contextual, interna o directa es aquella que se recoge en el mismo acto-documento. Basta que esta sea amplia o sucinta (y así lo impone, de hecho, el propio Art. 18, num. 5 de la LOPA); pero en todo caso, suficiente, para ilustrar las razones de hecho y los fundamentos de Derecho que justifican o dan origen a la emisión del acto administrativo.

§756. **Motivación por remisión** — Por otro lado, la motivación por remisión (*aliunde*), externa o indirecta es la que se realiza por medio de un documento distinto del propio acto administrativo. En este sentido, la jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, mediante la ficción de considerar que forma parte del acto administrativo este requisito, cuando aparezca dentro del expediente administrativo, considerado en forma íntegra y formado en virtud del acto administrativo de que se trate y de sus antecedentes (Véase Sent. Nº 0006 del TSJ/SPA, de fecha 9 de enero de 2008, RDP Nº 113, p. 195).

En conclusión, la motivación deber ser concomitante, y por excepción puede ser previa o por remisión, siempre que: (i) surja del expediente administrativo; (ii) expresamente se invoque en el texto del acto administrativo; y por último (iii) no se haya producido indefensión material.

G. PROCEDIMENTAL

§757. **Procedimiento administrativo debido** — Finalmente, la creación o producción de un acto administrativo es una operación que puede ser más o menos compleja, pero que supone siempre el respeto del procedimiento administrativo debido con el objeto de llegar a un resultado previsto.

En consecuencia, la autoridad administrativa no está, por regla general, libre de manifestar su voluntad administrativa como ella quiere, sino que debe respetar siempre y en todo caso un cierto procedimiento administrativo que determina su manera de obrar, un cauce por el cual la voluntad administrativa tenga valor jurídico, para que su decisión constituya un acto jurídico perfecto, esto es, válido y eficaz.

ELEMENTOS ACCIDENTALES

§758. Plan — Los llamados elementos accidentales o cláusulas accesorias del acto administrativo, según la doctrina española, son aquellos que, precisamente, por serlo, no asumen la categoría de requisitos (García-Trevijano); cuya existencia no es necesaria pero, que una vez establecidos, se constituyen ya no en condición de la validez, como sucede con los elementos esenciales, sino de la eficacia de los actos administrativos (R. Bocanegra Sierra).

Por último, las cláusulas accesorias están integrados por aquellas cláusulas expresas que el órgano o ente puede legalmente introducir en el acto administrativo, y cuyas modalidades son: (i) la condición; (ii) el modo; (iii) el plazo; y (iv) la reserva de revocación administrativa; y por último (iv) la reserva de reversión administrativa.

A. CONDICIÓN

§759. Concepto — La condición es la cláusula por la que se subordina: (i) el inicio (condición suspensiva); o (ii) la cesación (condición resolutoria) de los efectos jurídicos de un acto administrativo, al cumplimiento de un suceso futuro e incierto, por ejemplo, el cumplimiento de la mayoría de edad.

B. MODO

§760. Concepto — El modo es una exigencia vinculada a un acto administrativo favorable, por lo que consiste en una carga u obligación (de hacer, de no hacer o de soportar) impuesta a la persona en cuyo interés se ha dictado el acto administrativo: por ejemplo, el otorgamiento de una fianza de fiel cumplimiento.

En tales casos, se exige para que la Administración Pública pueda imponer la obligación que el modo representa, que disponga de la correspondiente cobertura o habilitación legal (Bocanegra Sierra).

C. TÉRMINO

§761. Concepto — El término o plazo indica el momento temporal (fecha dada o periodo concreto) a partir del cual debe iniciar o cesar su eficacia el acto administrativo, esto es, a producir (término inicial) o cesar (término final) sus efectos jurídicos: por ejemplo, la autorización de importación de productos alimenticios por seis meses. De ahí que un acto administrativo sometido a término es cuando el principio, el final o la duración de su eficacia están determinados en el tiempo (Bocanegra Sierra).

D. RESERVA DE REVOCACIÓN ADMINISTRATIVA

§762. Concepto — Además se encuentra también la figura de la reserva de revocación administrativa que consiste en la cláusula accesoria en virtud de la cual la Administración Pública, cuando razones de interés público lo aconsejan, hace cesar anticipadamente los efectos del acto administrativo.

E. RESERVA DE REVERSIÓN ADMINISTRATIVA

§763. Concepto — Por último, se incluye la figura de la reserva de reversión administrativa que consiste en la cláusula accesoria en virtud de la cual la Administración Pública, cuando el principio de continuidad del servicio público lo exige, al expirar la concesión administrativa, los bienes afectos a la gestión del servicio público ingresen al patrimonio del ente público concedente.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010, Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV. *Los Requisitos y Vicios de los Actos Administrativos*, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. V, EJV-FUNEDA, Caracas, 2006; Bocanegra Sierra, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, 3ª Ed., Madrid, 2004; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Procuraduría General de la República, *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República,* T. II, Caracas, 1984; Rivero, J. y Waline, J., *Droit administratif*, 21ª Ed., Dalloz, París, 2006; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Tema 18. Principios

Sumario: CLASIFICACIÓN: Principio de presunción de legitimidad. Principio de estabilidad. Principio de eficacia. Principio de irretroactividad. Principio de ejecutividad. Principio de ejecutoriedad. Principio de insuspendibilidad. Principio de impugnabilidad.

CLASIFICACIÓN

§764. Plan — La doctrina sostiene que los actos administrativos se caracterizan por los atributos o caracteres jurídicos independientes (García-Trevijano, Cassagne), donde la doctrina no está de acuerdo ni en su enumeración ni denominación. Por nuestra parte, sostenemos que la creación de una teoría general del acto administrativo implica más que el señalamiento de unos denominados atributos o caracteres jurídicos, la aceptación indubitada de principios de esencia, que son y deben ser comunes a todas las categorías de actos administrativos.

En tal sentido, proponemos clasificar los principios de la manera siguiente: (i) presunción de legitimidad; (ii) estabilidad; (iii) eficacia; (iv) irretroactividad; (v) ejecutividad; (vi) ejecutoriedad; y por último (vii) impugnabilidad.

A. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

I. INTRODUCCIÓN

§765. Concepto — La presunción de legitimidad que asume la categoría de principio, es la suposición de que el acto administrativo ha sido dictado conforme a Derecho; y determina que, como regla general, el acto administrativo se tenga por válido y productor de su natural eficacia jurídica (Garrido Falla). Acompaña siempre al acto administrativo y al reglamento, pero no a las otras formas jurídicas como serían los denominados simples actos de la Administración Pública ni a los contratos y tampoco a los hechos administrativos.

Además, no necesita ser declarado por el juez o la Administración Pública, y supone que hasta que no se declare su ilegitimidad por la autoridad competente, el acto administrativo desde su emisión se presume válido produciendo todos sus efectos jurídicos.

§766. Denominación — Son varios los vocablos que se utilizan para denominar este primer principio del acto administrativo así: presunción de legitimidad (Véanse Sents. de la CF, de fecha 9 de agosto de 1957, GF, Nº 17, 1957, p. 134; CJS/SPA, de fecha 4 de abril de 1963, GF, Nº 40, p. 38 y otras

más; y CPCA, de fecha 16 de junio de 1983, RDP Nº 15, p. 148 y otras más); presunción de legalidad (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 4 de febrero de 1980, RDP, Nº 1, p. 140 y otras más); presunción de validez o presunción de veracidad (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 4 de febrero de 1980, RDP, Nº 1-141; y CPCA, de fecha 21 de octubre de 1985, RDP, Nº 24, p. 121); y por último, presunción de juricidad o presunción de juridicidad (Mayer).

§767. Presunción legal relativa — La naturaleza jurídica de la presunción de legitimidad es la que constituye una presunción legal relativa, provisional, transitoria, calificada como presunción *juris tantum* y, por tanto, puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto administrativo contraviene el Ordenamiento jurídico, carácter este que ha sido receptado por nuestra jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 10 de junio de 1980, RDP, Nº 3, p. 130).

II. FUNDAMENTO JURÍDICO

§768. Planteamiento — La presunción de legalidad debe tener su origen en una norma legal y abstracta (Diez). Por tanto, al no existir en el Derecho positivo una norma legal que la establezca, la doctrina ha recurrido a diversas razones que pretenden fundamentar la presunción de legitimidad, las cuales son de dos tipos: (i) de orden formal; y (ii) de orden sustancial.

§769. Orden formal — Las razones serían todas las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación del acto administrativo, con el respeto de las normas y reglas del procedimiento administrativo debido.

§770. Orden sustancial — En este sentido, por un lado se señala que la primera fuente de la presunción de legitimidad es su consagración normativa del principio en los Ordenamientos jurídicos que así lo establecen. Y por el otro, el argumento técnico que se invoca es la doctrina que encuentra el fundamento de orden sustancial en la regla de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez que acompaña a todos los actos jurídicos unilaterales (J. Bidart Campos).

En consecuencia, el argumento consiste, como lo afirma la doctrina argentina (B. Fiorini), en que todos los actos jurídicos de Derecho Público de cualquier clase que fueren, tienen presunción de validez jurídica inmediata.

B. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN

§771. Concepto — Para que pueda considerarse que un acto administrativo forma parte de la legalidad, es menester que sea estable, es decir, que no

pueda ser modificado o anulado a voluntad de la propia Administración Pública. En principio, todo acto administrativo se dicta para tener una cierta duración en el tiempo, pues tiende a producir efectos jurídicos permanentes.

§772. Denominación — Desde el punto de vista del Derecho administrativo, el principio de estabilidad, firmeza, inamovilidad, inmutabilidad, intangibilidad, irrevocabilidad o también, cosa juzgada administrativa o decidida administrativamente –como indistintamente se le denomina– es una necesidad de esencia finalista para el Ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto administrativo como para la seguridad jurídica (Véanse Sent. de la CPCA*,* de fechas 31 de marzo de 1982, RDP, Nº 10, p. 147; y de fecha 11 de julio de 1985, caso *Corporación Par, C.A.,* RDP*,* Nº 24, p. 126).

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§773. Plan — La evolución del principio de estabilidad del acto administrativo ha ido desde la libre revocabilidad hasta admitirse hoy día en el Derecho positivo, tanto normativamente como doctrinal y jurisprudencialmente que limita la potestad de autotutela, siempre que se encuentren presentes los requisitos siguientes : (i) derecho subjetivo; (ii) regularidad; (iii) notificación; y por último (iv) la ausencia de reserva de revocación.

§774. Derecho subjetivo — Debe tratarse de un acto administrativo que cree o declare un derecho subjetivo, esto es, una situación jurídica particularizada, individualizada, pues la estabilidad funciona a favor y no en contra del administrado.

Lo anterior se revela en la noción de derechos adquiridos en el sentido de derechos consolidados.

§775. Regularidad — El acto administrativo debe reunir todos los elementos esenciales o requisitos de su existencia y validez.

§776. Notificación — El acto administrativo ha de ser notificado al interesado, completándose su proceso de formación. El acto adquiere eficacia cuando se lo hace del conocimiento del administrado.

§777. Revocación — Finalmente, no debe existir ninguna norma de rango legal que autorice la revocación administrativa.

III. EXCEPCIÓN

§778. Consagración legal — Según el Art. 82 de la LOPA, los actos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos podrán

ser extinguidos por razones de legalidad en cualquier momento (Véase Sent. del TSJ/SE (26), de fecha 7 de febrero de 2002, RDP Nº 89-90/91-92, p. 292).

Por argumento en contrario, los que los originan y han quedado firmes (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de mayo de 1985, caso *Freddy M. Rojas,* RDP, Nº 23, p. 143; y de fecha 9 de marzo de 1987, caso *Mariano Fernández Pérez,* RDP, Nº 30, p. 118), no pueden ser extinguidos, salvo: (i) exista autorización expresa de la ley (Art. 19, ord. 2º de la LOPA*);* y (ii) que se trate de actos viciados de nulidad absoluta (Art. 83 de la LOPA*).*

C. PRINCIPIO DE EFICACIA

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§779. Concepto — La modificación jurídica que produce el acto administrativo, a veces, se lleva a cabo sin necesidad de actos de ejecución, pero, en otros casos, se requieren tales actos con la finalidad de adecuar la situación de hecho a la de Derecho que el mismo prevé, lo que puede tener su origen en los destinatarios o en la misma Administración Pública.

Así, la eficacia se expresa por una serie de actos complementarios de vida jurídica distinta, tales como la publicación, la notificación, la inscripción o fiscalización del acto administrativo principal.

§780. Plan — La eficacia del acto administrativo puede ser: (i) una eficacia inmediata o mediata; y (ii) una eficacia total o parcial.

§781. Inmediata o mediata — La eficacia del acto administrativo puede ser: (i) de una eficacia inmediata cuando se le da publicidad, ya sea a través de la publicación o la notificación, o si está sometido a un acto de aprobación, cuando se la acuerda; y (ii) de una eficacia mediata cuando se cumple una condición suspensiva, y mientras esa condición no se cumpla el acto administrativo no comienza a producir todos sus efectos jurídicos, pues todavía no es eficaz; o cuando el acto administrativo está sometido a una condición *iuris*; a una condición de Derecho, tampoco el acto es eficaz hasta tanto no se cumpla esa condición establecida por la ley.

§782. Total o parcial — La eficacia también puede existir desde el punto de vista de la extensión: (i) total, o (ii) parcial.

Esa diferenciación puede darse, sobre todo, en los casos de los actos administrativos que requieren de aprobación. Es posible que un acto contenga formalmente varias decisiones y solo una o algunas de ellas requieran de la aprobación; solo que esta decisión no será eficaz hasta tanto se produzca el acto aprobatorio. Es decir, si hay un acto que contiene tres o cuatro decisiones

y solo una de esas requiere la aprobación las otras son eficaces, y se puede exigir su cumplimiento mientras que la sometida a aprobación no entrará en vigor, es ineficaz hasta tanto se produzca el acto de aprobación: por ejemplo, diversos nombramientos de funcionarios públicos, de los cuales uno de ellos, por razón de su rango requiere aprobación.

§783. Territorial — Por último, puede haber eficacia territorial. En este caso, el acto administrativo puede tener una limitación territorial; se dicta para determinada circunscripción administrativa y solo allí será eficaz, mientras que en el resto de las circunscripciones será ineficaz.

II. LÍMITES

§784. Plan — La eficacia del acto administrativo está sujeta a una serie de límites solo dentro de los cuales se dará la eficacia legitimadora y será válida la actuación encaminada a la ejecución del acto administrativo (González Pérez) y que son: (i) subjetivos; (ii) objetivos; y por último (ii) temporales.

§785. Subjetivos — La obligatoriedad del acto administrativo es general. Al igual que el deber general de respetar las normas jurídicas, existe el deber de los órganos que ejercen el Poder Público y de las personas de respetar los actos administrativos y las situaciones jurídicas derivadas o legitimadas por ellos (principio de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas).

Por ello puede hablarse de una eficacia directa –destinatario– y de otra indirecta –la Administración Pública y todos los administrados– (Garrido Falla).

§786. Objetivos — El propio contenido del acto administrativo delimita su eficacia. La Administración Pública no podrá obligar a ejecutar más de lo que el propio acto administrativo determina o lo que de sus propios términos resulta. Ha de respetarse, pues, al contenido del acto administrativo.

§787. Temporales — Por último, todo acto administrativo tiene una eficacia instantánea o bien continuada en el tiempo, salvo los supuestos excepcionales de actos sometidos a plazo o término extintivo, que son considerados como de actos efectos temporales (Art. 32, num. 2 de la LOJCA), según un criterio cuantitativo acerca de la duración de los efectos del acto (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fechas 7 de abril de 1986, 12 de noviembre de 1987; y de la CPCA, de fecha 27 de noviembre de 1989; y de fecha 12 de diciembre de 1991).

Finalmente, la jurisprudencia (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 29 de marzo de 1987, caso *Distribuidora Alba*, RDP Nº 29, p. 11) ha establecido la diferencia entre los efectos inmediatos y los efectos retroactivos del acto administrativo, aspecto este que analizaremos en el punto siguiente.

D. PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§788. Concepto — El análisis de la temporalidad de los efectos del acto administrativo nos llevará al tema del principio de la retroactividad o de la irretroactividad (Araujo-Juárez).

Al efecto se señala que el respeto a las situaciones jurídicas subjetivas ya consolidadas, deriva del denominado principio de la irretroactividad, el cual tiene en nuestro Derecho positivo rango constitucional, al reiterarse en el Art. 24 de la C.

§789. Fundamento jurídico — El Art. 24 de la C se refiere a disposiciones legales, y en este sentido, el mandato o la prohibición está dirigida a las leyes en sentido formal. Sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia la tendencia ha sido interpretar esa disposición en el sentido de norma jurídica y, por consiguiente, también estarían incluidos en esa prohibición los reglamentos –denominados impropiamente actos administrativos generales– como los actos normativos que ellos son.

Sin embargo, el problema surge en relación con los actos administrativos. Al respecto, la respuesta ha sido afirmativa en el sentido de que los actos administrativos no pueden tener efectos retroactivos, pues de lo contrario estarían viciados, según sostuvo la jurisprudencia (Véase Sent. de la CF, de fecha 9 de agosto de 1940. M. 1941, pp. 220-223), pues la retroactividad vulnera el principio de seguridad jurídica de las personas.

II. EXCEPCIONES

§790. Supuestos — El principio de la irretroactividad que se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, determina que el acto administrativo retroactivo se encuentre en la imposibilidad de destruir aquellos efectos que ya están consumados; pues debe quedar claro que, por su propia naturaleza, no extiende sus efectos más allá de la fecha en la que apareció el acto administrativo principal que viene a sustituir o a complementar.

Ahora, el principio de la irretroactividad no excluye que, en ciertos casos, los actos administrativos pueden tener efectos hacia el pasado cuando: (i) se dictan en sustitución de un acto administrativo anulado (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de abril de 1984, RDP Nº 18, p. 169); (ii) la ley expresamente lo autoriza; y por último (iii) la retroactividad es el efecto natural del acto administrativo.

§791. Límites — Pero los efectos retroactivos aún en los supuestos señalados tienen ciertos límites:

- El acto administrativo retroactivo no puede afectar situaciones jurídicas favorables.
- El acto administrativo retroactivo debe ser conforme al Derecho derogado; es decir, que el supuesto de hecho (causa) del acto administrativo esté previsto en la ley vigente para el momento en que ese acto administrativo debió dictarse.
- La retroactividad tiene que respetar los derechos adquiridos en el sentido de consolidados.

E. PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§792. Planteamiento — La Administración Pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la autotutela de su derecho, y a través del acto administrativo, declarar por sí misma cuál es su derecho, así como después proceder a ejecutar por sus propios medios –y aun contra la voluntad de los obligados– lo que previamente ha declarado. La doctrina, cuando se refiere a este principio, suele emplear, y a veces no muy correctamente, los términos de ejecutividad, ejecutoriedad, acción directa o de oficio, coacción o ejecución forzosa (LOPA).

El acto administrativo, por el hecho de dictarse resulta: (i) obligatorio para sus destinatarios, la Administración Pública y terceros; y (ii) susceptible de ser impuesto. Lo dicho nos remite, a su vez, a las principales manifestaciones de la eficacia del acto administrativo: (i) la ejecutividad; y (ii) la ejecutoriedad. Por ello interesa aclarar ciertos desacuerdos terminológicos que existen al respecto.

§793. Concepto — La doctrina (Zanobini, Sayagués Laso, y con ciertas variantes, González Pérez), suele conocer con el nombre de principio de ejecutividad, la cualidad en virtud de la cual los actos administrativos se presumen legítimos y constituyen título ejecutivo suficiente para la inmediata eficacia peculiar, jurídica administrativa de los mismos (Véase Sent. del TSJ/SPA (1089), de fecha 11 de mayo de 2000, RDP, Nº 82, p. 423).

Esta singular fuerza jurídica –que no material– hace que los derechos y obligaciones nazcan única y exclusivamente de la voluntad administrativa declarada a través del acto administrativo. Por tanto, debe diferenciarse la ejecutividad de la mera producción física o material de los efectos en la realidad, pues son eficaces o ejecutivos cuando su contenido resulta jurídicamente vinculante.

§794. Derecho positivo — En el Derecho positivo, el Art. 8 de la LOPA consagra que los actos administrativos son ejecutivos como principio general y, por excepción, la norma expresa legal prescribirá en qué casos se someterá el reconocimiento de la declaración de voluntad de la Administración Pública y su posterior ejecución al órgano judicial.

§795. Distinción — Supuesta la presunción de legitimidad del acto administrativo, su eficacia jurídica se despliega plenamente, manifestándose en una serie de consecuencias, cuales son: (i) la ejecutividad; y (ii) la ejecutoriedad (Garrido Falla: asimismo véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de abril de 1984, RDP Nº 18, p. 169). En el mismo sentido el voto salvado en la Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 9 de noviembre de 1989, caso *Arnaldo Lovera vs. Inquilinato,* RDP Nº 40, p. 76).

F. PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§796. Planteamiento — Mientras que el principio de ejecutividad es rasgo común de todos los actos administrativos, consecuencia de su propia fuerza obligatoria, el principio de ejecutoriedad solo es propio de aquellos actos administrativos que imponen deberes positivos o negativos, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente aceptado por el obligado. De ahí que la potestad de ejecución forzosa administrativa no se extiende a todos los actos administrativos dictados por la Administración Pública, tales como los actos administrativos negativos, declarativos, etc.

§797. Concepto — Con el principio de ejecutoriedad (también llamado acción de oficio o de ejecución forzosa), se denomina la potestad de la Administración Pública para llevar, por si misma, la singular fuerza jurídica del acto administrativo a sus últimas consecuencias, por sus propios medios (ejecutoriedad administrativa), salvo que expresa disposición legal exija la intervención de la autoridad judicial (ejecutoriedad judicial), para que el administrado cumpla el acto o lo ejecute (ejecución espontánea), aun en contra de la resistencia del obligado (ejecución forzosa).

Naturalmente, la ejecutoriedad presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, que sea exigible u obligatorio, que debe cumplirse, lo cual a su vez presupone el principio de presunción de legitimidad. Es por ello que el Art. 79 de la LOPA reconoce el principio de ejecutoriedad, salvo que expresa disposición legal exija la intervención de la autoridad judicial, el cual fue objeto de un profundo análisis por parte del Alto Tribunal, mediante sentencia de principios. (Véase Sent. de la CSJ/SPA (332), de fecha 9 de noviembre de 1989, caso *Arnaldo Lovera,* RDP, Nº 40, p. 76).

§798. Naturaleza administrativa — La doctrina sostiene que la sistemática constitucional impone aceptar la existencia del principio de ejecutoriedad del acto administrativo, como ínsito en la función administrativa y propio de esta, por la circunstancia de que ello no impediría jamás el control jurisdiccional de la función administrativa (Cassagne).

§799. Fundamento jurídico — La doctrina señala que son tres las posiciones fundamentales que tratan de explicar por qué la Administración Pública puede forjar por sí misma el cumplimiento de los actos administrativos que dicta, o ser ejecutado compulsivamente, lo cual ha sido incluso considerado como un principio cardinal del Derecho administrativo (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 7 de abril de 1988, RDP, Nº 34, p. 96).

De acuerdo con el art. 78 de la LOPA, la ejecutoriedad supone una actuación material que se impone en alguna forma a su destinatario, al declarar que ningún órgano de la Administración Pública podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de las personas, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos. Por tanto, el fundamento jurídico de la ejecutoriedad, es el propio acto administrativo que se trata de ejecutar.

II. EFECTOS JURÍDICOS

§800. Enumeración — Los efectos jurídicos de los principios de ejecutividad y de ejecutoriedad según la jurisprudencia son los siguientes:

- La interposición de recursos contra los actos administrativos no suspende la ejecución de los mismos, así éstos no hayan alcanzado todavía firmeza. De allí que su derogatoria por vía de suspensión de los efectos del acto administrativo venga legalmente establecida únicamente en circunstancias excepcionales.
- La facultad que se le reconoce a la Administración Pública de ejecución material o forzosa por sí misma, materialmente, los derechos que de tales actos deriven –aun enfrentándose a la resistencia del obligado–, sin necesidad para lograrlo de acudir a la intervención de los tribunales. Esta posibilidad de ejecutar sus propias decisiones, encuentra su justificación, como se ha dicho, en la propia naturaleza de la actuación administrativa, y le es expresamente reconocida por el Art. 79 de la LOAP.
- Y por último, la misma LOPA exige como requisito para la ejecución forzosa (consecuencia lógica del principio de ejecutoriedad) la existencia de un acto previo. So pena de hacerse pasible la Administración Pública de las gravísimas consecuencias que comportaría una actuación irregularmente realizada al no existir otra, necesariamente previa, que la justifique (teoría de la vía de hecho).

G. PRINCIPIO DE INSUSPENDIBILIDAD

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§801. Concepto — Frente al principio de ejecutividad del que gozan los actos administrativos, el Derecho administrativo ha creado, como contrapartida, la garantía otorgada al administrado de la medida de suspensión del acto administrativo.

En tal sentido, a la suspensión se la puede definir como aquella interrupción temporal de la eficacia de un acto administrativo, cuando existan las causales previstas por el Ordenamiento jurídico, s dispuesta por la propia Administración Pública, de oficio o a petición del interesado (suspensión administrativa), o por el órgano jurisdiccional administrativo (suspensión judicial).

§802. Naturaleza — La suspensión administrativa se nos presenta como una medida cautelar más –sin duda la más importante– entre las distintas que hoy reconoce el Derecho administrativo, dirigida a asegurar que la resolución del procedimiento administrativo pueda ser efectiva y no se produzca en un momento en que, por la consolidación de hecho de los efectos del mismo, resulta completamente inútil (Bocanegra Sierra); que su función reside en proteger al interesado hasta que se resuelva sobre el fondo de lo solicitado (Rodríguez-Arana).

Así, la suspensión en vía administrativa encaja perfectamente en las notas características de toda medida cautelar:

- Es una institución dirigida a proteger al interesado desde la interposición del recurso administrativo hasta que recaiga la decisión final del órgano competente.
- Es una medida encaminada a la transitoria paralización de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo impugnado.
- La suspensión, sin perjuicio de ser conceptualmente unitaria, puede ser: (i) parcial cuando solamente afecta una de las decisiones contenidas en el acto; o (ii) total cuando suspende todos los efectos que el acto administrativo está destinado a producir.

II. MODALIDADES

§803. Plan — De acuerdo con lo expuesto, la medida cautelar que supone la suspensión de los efectos del acto administrativo en vía administrativa, procede en los casos siguientes: (I) por expresa disposición legal; y (ii) en virtud de un acto administrativo suspensivo.

§804. Expresa disposición legal — Es cuando una disposición legal expresa prevé la suspensión *ope legis* de los efectos como consecuencia de la interpo-

sición del recurso administrativo o acción: por ejemplo, en materia tributaria con respecto al acto administrativo que determine tributos, imponga sanciones o en cualquier forma afecte los derechos de los administrados (Art. 178 del COT).

§805. Acto administrativo suspensivo — El segundo supuesto ocurre cuando se dicta un acto administrativo suspensivo fundado y dictado por la autoridad administrativa competente, de oficio o a petición de parte interesada.

Ahora, el Art. 87 de la LOPA admite la suspensión administrativa si se dan los dos requisitos de procedencia exigibles de modo concurrente: (i) un grave perjuicio; y (ii) y la invocación de la nulidad absoluta.

§806. Grave perjuicio — Cuando la ejecución del acto administrativo, en cuestión, pudiera causar grave perjuicio al interesado es una manifestación exclusiva del criterio del *periculum in mora* a la hora de determinar la adopción de la medida cautelar. Esta fórmula sustituyó al criterio del daño irreparable, por cuanto sí se considera que el Estado es solvente materialmente (*Fiscus semper solvens*), por lo que no cabría hablar de irreparabilidad en el sentido material o económico del término.

Es por ello que por vía de interpretación ha de entenderse que el acto administrativo debe suspenderse cuando su cumplimiento genere mayores perjuicios que su suspensión, a juicio de la Administración Pública; además se exige que los perjuicios invocados sean ciertos y actuales y no eventuales y futuros (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de diciembre de 1988).

§807. Nulidad absoluta — Por último, se requiere concurrentemente que la impugnación se fundamente en el vicio de la nulidad absoluta.

El problema que aquí se plantea es saber si correspondería a la Administración Pública la obligación de suspender los efectos del acto administrativo cuando se interponen recursos contra un acto administrativo presuntamente afectado de nulidad absoluta, pues el Art. 90 de la LOPA pudiera dar a pensar que tal medida cautelar se caracteriza por su discrecionalidad cuando emplea el vocablo "podrá".

§808. Límites — Son aquellos que están previstos en la ley, por ejemplo, en el Art. 87 de la LOPA se exige que la suspensión administrativa solo pueda ser concedida durante un procedimiento administrativo de segunda instancia, esto es, cuando se ha iniciado un recurso administrativo.

H. PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§809. Concepto — Por cuanto es de la naturaleza del acto administrativo la producción de efectos jurídicos, puede ser objeto de impugnación, ya sea a través de la vía administrativa o mediante acciones o recursos judiciales, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución (Arts. 26 y 259 *eiusdem*).

§810. Plan — De acuerdo con lo expuesto, el principio de impugnabilidad implica las modalidades siguientes de impugnación: (I) en vía administrativa; y (ii) en vía judicial.

§811. Vía administrativa — Las normas procedimentales de la LOPA han consagrado en la vía administrativa un sistema de garantías que se manifiesta mediante las figuras de recursos administrativos, reclamaciones y denuncias, en virtud de los distintos cauces que regulan tales medios de defensa de los administrados (Araujo-Juárez).

§812. Vía judicial — En la vía judicial o jurisdiccional, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es el instrumento de control de legalidad del acto administrativo, en el sentido de que todo acto administrativo puede ser sometido a su control, esto es, "ningún acto administrativo está excluido, en virtud del dispositivo constitucional, que no establece excepciones al respecto (art. 206 de la *C* –hoy 259 de la *C* vigente–)." (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de junio de 1986, caso *Maritza Alvarado*; CSJ/SPA, de fecha 11 de junio de 1987, caso *José F. Colina;* y CSJ/SAP, de fecha 30 de junio de 1986, caso *Morita Hernández*).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010 y Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV. *Los Requisitos y Vicios de los Actos Administrativos*, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. V, EJV-FUNEDA, Caracas, 2006; Bocanegra Sierra, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, 3ª Ed., Madrid, 2004; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; Procuraduría General de la República, *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República,* T. II, Caracas, 1984; Rivero, J., et Waline, J., *Droit administratif*, 21ª Ed., Dalloz, París, 2006; Sayagués Laso, E., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 9ª Ed. puesta al día a 2004, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Tema 19. Nulidad Administrativa

Sumario: TEORÍA DE LA NULIDAD ADMINISTRATIVA: Introducción. Teoría bipartita. TEORÍA DE LA NULIDAD ABSOLUTA: Vicio de incompetencia. Vicio en la causa. Vicio en el contenido. Vicio de desviación de poder. Vicio procedimental. Determinación constitucional o legal. TEORÍA DE LA NULIDAD RELATIVA: Vicio de la forma. Vicio de inmotivación. Vicio de la cláusula accesoria. TEORÍA DE LOS VICIOS INTRASCENDENTES.

TEORÍA DE LA NULIDAD ADMINISTRATIVA

§813. Planteamiento — La Administración Pública mejor intencionada, puede dictar actos administrativos válidos e inválidos. Un acto administrativo es regular o válido solo cuando las formalidades de su constitución han sido observadas. Por el contrario, un acto administrativo es irregular o inválido cuando adviene con deficiencias o irregularidades jurídicas, o sea, que ha sido dictado con infracción del Ordenamiento jurídico. Es un acto que, por lo tanto, presenta deficiencias jurídicas, irregularidades, vicios. Sin embargo, veremos que algunas no comportan una sanción, así como también pueden ser objeto de una convalidación.

De lo anterior se desprende que de la existencia de inconformidad o desajuste entre los elementos del acto administrativo y los requisitos postulados por el Ordenamiento jurídico como necesarios cabe distinguir dos clases de regímenes:

- Las irregularidades invalidantes, en las que se integran la nulidad y la anulabilidad.
- Las irregularidades no invalidantes, que no afectan la validez del acto administrativo.

A. INTRODUCCIÓN

§814. Concepto — La teoría de las nulidades del Derecho administrativo hace referencia a las diferentes infracciones del Ordenamiento jurídico –llamados vicios, causas de nulidad o motivos de impugnación–, que puede contener un acto administrativo y justificar la cesación de los efectos jurídicos.

Ahora bien, la construcción doctrinal de la teoría de las nulidades administrativas se produce como resultado de la confrontación del acto administrativo con la norma o, ampliamente, con el Ordenamiento jurídico. Ilegalidad, irregularidad o invalidez significa infracción del Ordenamiento jurídico. Por

otro lado, la intensidad de la reacción de este depende de la gravedad de la infracción cometida por el acto administrativo inválido.

§815. Caracteres — La nulidad administrativa es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto administrativo, en virtud de un vicio originario, es decir, existente en el momento de su emisión.

Por tanto, las notas que la caracterizan son las siguientes: (i) constituye una sanción; (ii) de carácter legal; (iii) el efecto propio es privar al acto administrativo de los efectos que estaba destinado a producir; y por último (iv) responde a causas anteriores, contemporáneas o sobrevinientes al nacimiento del acto administrativo.

§816. Vicio administrativo — Es la falta o defecto con que el acto administrativo aparece en el mundo del Derecho, y que afectan la perfección del mismo, sea en su validez o en su eficacia. De ahí que la invalidez –en sentido genérico– es la consecuencia jurídica del acto administrativo que adolece de un vicio. Por tanto, existe una relación de causa a efecto entre el vicio administrativo y la teoría de las nulidades del Derecho administrativo. Precisamente, la nulidad es la consecuencia o sanción jurídica que se impone ante la transgresión al Ordenamiento jurídico.

Ahora bien, cuando se ha comprobado la existencia de un vicio en el acto administrativo, ¿qué efectos produce? En forma semejante a lo que ocurre en el Derecho privado, la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando una específica teoría de las nulidades del acto administrativo, que responde a las características y exigencias propias del Derecho administrativo.

B. TEORÍA BIPARTITA

§817. Concepto — El acto administrativo puede violar el bloque de la legalidad de varias maneras. Esto se debe a que como todo acto jurídico se descompone en los elementos mencionados, cada uno de los cuales puede estar en contradicción con la regla de Derecho.

Ahora bien, los vicios reclaman una valoración diferente, pues la trascendencia de las infracciones va desde la leve hasta los extremos de gravedad con situaciones intermedias variadas, que justifican un distinto tratamiento de los vicios del acto administrativo atendiendo a las técnicas de: (i) la nulidad absoluta; (ii) la anulabilidad; y por último (iii) la irregularidad.

§818. Consagración legal — De acuerdo con la LOPA, los vicios o defectos de los actos administrativos producen solo dos grados de invalidez, según

la gravedad de los mismos: (i) la nulidad absoluta y (ii) la nulidad relativa o anulabilidad.

§819. Distinción — Las modalidades de nulidad absoluta y nulidad relativa presentan las diferencias siguientes:

- En sede administrativa, la potestad de convalidación (Art. 81 de la LOPA) solo procede en los casos de nulidad relativa (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fechas 14 de mayo de 1985; 23 de octubre de 1986; 14 de agosto de 1989; 9 de agosto de 1990, caso *MARAVEN S. A.*; y del TSJ/SPA, de fecha 11 de mayo de 2000, en RDP Nº 82, p. 431); mientras que la potestad de revocación o más propiamente de anulación ejercida de oficio (Art. 83 de la LOPA) solo procede en los casos de nulidad absoluta (Véanse Sents. de la CPCA, de fecha 21 de mayo de 1987; y de la CSJ/SPA, de fecha 31 de octubre de 1990, caso *UNICENTRO, S. A.*), aun cuando quepa la conversión del acto administrativo viciado de nulidad en otro tipo de acto, si reúne los elementos del mismo (Art. 21 de la LOPA).
- La inexistencia de sujeción a plazo para instar la acción de nulidad de los actos administrativos viciados de nulidad absoluta (Art. 83 de la LOPA) frente a la preclusión de los plazos en los casos de nulidad relativa o anulabilidad.
- En sede administrativa y en sede jurisdiccional, en razón del carácter de orden público del vicio de nulidad absoluta, la posibilidad de pronunciamiento previo y de oficio por el juez y la Administración Pública, y de alegación en cualquier estado y grado del proceso (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de diciembre de 1979, caso *Eduardo Tamayo Rivero;* y de la CSJ/SPA, de fecha 9 de agosto de 1990, caso *MARAVEN, S. A.*).
- Y por último, si el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta –*quod nullum est, nullum efectum producit*– de él no pueden derivar derechos (Véanse Sents. de la CPCA, de fecha 29 de marzo de 1984, RDP Nº 18, p. 173; y 11 de febrero de 1988, caso *Helena Paneyko de Bonuddalli,* RDP, Nº 33, p. 10), ya que no se pueden originar derechos contra la ley; y, si por el contrario, es simplemente anulable, los derechos durarán en tanto en cuanto no sea anulado.

§820. Modalidades — Por último, la nulidad administrativa puede ser:

- Por invalidez originaria, esto es, por vicios existentes desde el nacimiento del acto administrativo.
- Por invalidez sobreviniente, cuando un acto administrativo que nació válido se torna inválido por: un cambio en el Ordenamiento jurídico; el acaecimiento de un hecho que hace desaparecer un presupuesto jurídico del acto; y el incumplimiento de las obligaciones del interesado (anulación-sanción).

TEORÍA DE LA NULIDAD ABSOLUTA

§821. Planteamiento — A partir de la entrada en vigencia de la LOPA, la regla general consiste en que los vicios del acto administrativo dan lugar a

la nulidad relativa del mismo (Art. 20 de la LOPA) con dos excepciones: (i) los supuestos de vicios de nulidad absoluta (Art. 19 de la LOPA); y (ii) los supuestos de vicios intrascendentes que no dan lugar a la invalidez.

§822. Criterio de gravedad — Con base en la LOPA, el sistema de Derecho positivo reposa en la distinción entre nulidad absoluta y la nulidad relativa la que, a su vez, se funda en un elemento distintivo que no tiene absoluta precisión: la gravedad (criterio de intensidad) del vicio que afecta el acto administrativo (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de abril de 1993: caso *Eduardo Contramaestre,* RDP, Nº 55/56, p. 197. En el mismo sentido: CSJ/SPA, de fecha 6 de abril de 1994, en *RDP,* Nº 57/58, p. 249).

Sin embargo, el criterio de gravedad o intensidad precisa de las observaciones siguientes: (i) integralidad; y (ii) ostensibilidad.

§823. Integralidad — La gravedad no es apreciada –si bien está vinculada– en relación con el elemento viciado, sino al acto administrativo como un todo (criterio de integralidad); por eso no hay vicio en elemento no esencial que puede ser considerado grave para el acto y, por eso mismo, habrá vicio grave para el acto sólo si afecta un elemento esencial.

§824. Ostensibilidad — La apariencia fáctica, no jurídica del vicio; a veces el hecho de su clara manifestación (criterio de ostensibilidad) hace que un vicio, que en sí mismo no es tan grave, si el vicio es fácticamente manifiesto lo convierta en jurídicamente grave y, por lo tanto, causante de nulidad.

§825. Enumeración — El acto administrativo será nulo, de nulidad absoluta, en los supuestos que menciona el Art. 19 de la LOPA, y que en definitiva se refiere a los vicios más importantes que pueden afectar a un acto administrativo. Es por ello que un sector doctrinario sostiene que todos los supuestos reconocidos en el Ordenamiento jurídico como causas de nulidad absoluta, son reconducibles a los supuestos allí mencionados. En efecto, el elenco que menciona el Art. 19 de la LOPA de las causas de nulidad absoluta ha sido considerado tradicionalmente como una lista taxativa, la cual no podría ser objeto de interpretación (Véase Sent. de la CSJ-SPA (73), de fecha 5 de mayo de 1992, caso *Ángel R. Villegas,* RDP Nº 50, p. 144).

Ahora, si bien es cierto que la doctrina mayoritaria considera los vicios de nulidad absoluta previstos en el Art. 19 de la LOPA como un número cerrado (principio de tipicidad); sin embargo, la jurisprudencia ha identificado otros vicios como causas que determinan también la nulidad absoluta.

A. VICIO DE INCOMPETENCIA

I. INCOMPETENCIA MANIFIESTA

§826. Principio de la competencia — Con respecto al elemento esencial referido al autor del acto administrativo, este aparece regulado en el Art. 18, nums. 1, 2 y 7 de la LOPA, y se traduce en la figura de la competencia administrativa. Ahora, el Art. 136 de la C consagra un elemento esencial del Derecho público, como lo es el principio de la competencia de los funcionarios y de los órganos y entes públicos, precepto según el cual todas las actuaciones de los órganos del Poder Público están subordinadas a la ley, de modo que solo podrán hacer lo que la ley les permite; de allí que la nulidad sea la consecuencia jurídica de la inobservancia del aludido principio (Véase Sents. Nº 3255 del TSJ/SC, de fecha 18 de noviembre de 2003, en RDP Nº 93-96, p. 314; y Nº 720 del TSJ/SC, de fecha 5 de abril de 2006, en RDP Nº 106, p. 197).

§827. Concepto — El vicio de la incompetencia manifiesta hace referencia al elemento subjetivo y, por ende, cuando hubiere sido dictado por una autoridad manifiestamente incompetente (Art. 19, ord. 4º de la LOPA).

§828. Plan — De acuerdo con la jurisprudencia (Véanse Sents. de la CPCA, de fecha 19 de junio de 1997, caso *Félix Bravo*, en RDP Nº 69-70, p. 229; y de la CSJ/SPA, de fecha 19 de octubre de 1989, caso *Edgard Guillermo Lugo*), dentro del vicio de incompetencia manifiesta se distinguen, a su vez, tres tipos de vicios: (i) la usurpación de autoridad; (ii) la usurpación de funciones; y (iii) la extralimitación de funciones.

En los dos primeros el acto administrativo viola directa e inmediatamente el Ordenamiento constitucional; mientras que en el último, viola el Ordenamiento legal o administrativo de las competencias.

§829. Usurpación de autoridad (o de poder) — De conformidad con el Art. 138 de la C, "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos". Se está en este caso en presencia de la asunción de funciones públicas por parte de quien no es un funcionario público y, en consecuencia, se da cuando una persona que no tiene autoridad actúa como tal (Véase Sent. de la CFC, de fecha 12 de junio de 1957); esto es, carece en absoluto de investidura pública para ejercer las competencias atribuidas a la autoridad pública, dando lugar a la nulidad absoluta (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 31 de enero de 1990, caso *Farmacia UNICENTRO*, C.A., en RDP Nº 41, p. 84 y otras más).

Se dejan a salvo las razones que dentro de la teoría del funcionario de hecho militan en favor de la validez de los actos jurídicos adoptados.

§830. Usurpación de funciones — A diferencia del anterior, este supuesto se da cuando una autoridad legítima invade la esfera de competencia que la Constitución atribuye directamente a un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público (Véase Sents. Nº 1915 del TSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2004, RDP Nº 112, p. 560; y Nº 0013 del TSJ/SPA, de fecha 14 de enero de 2009, RDP Nº 117, p. 154) incurriendo en la forma más burda grosera y radical de la incompetencia.

Por tanto, se trata de un vicio grave con violación de: (i) el Art. 136 de la C (principio de separación de poderes); (ii) el Art. 137 de la C (principio de legalidad); y por último (iii) la norma constitucional específica que atribuye la "función usurpada" al órgano del Poder Público de que se trate.

Se trata, por tanto, de órganos administrativos con investidura pública que ejercen funciones igualmente públicas atribuidas a un órgano de otra rama del Poder Público, en sentido horizontal o vertical, como fueron los precedentes del Consejo de la Judicatura (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de octubre de 1989, caso *Edgard Guillermo Lugo*; de fecha 23 de febrero de 1994, en RDP Nº 57-58, p. 180; y de fecha 17 de noviembre de 1994, en *RDP* Nº 59-60, p. 196), y del Consejo Supremo Electoral (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 30 de marzo de 1993, en RDP Nº 53-54, p. 205).

§831. Extralimitación de funciones (o de atribuciones) — Este otro supuesto consiste, fundamentalmente, en el ejercicio por un órgano de funciones o atribuciones con invasión o interferencia en la esfera de atribuciones que no le corresponden y que le están específicamente señalados a otro órgano al interior de la misma rama del Poder Público (Véase Sent. de la CF, de fecha 2 de junio de 1958); o en la realización, por parte de la autoridad administrativa, de un acto administrativo para el cual no tiene competencia legal expresa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de octubre de 1989, caso *Edgard Guillermo Lugo*).

§832. Falta de legitimación — Por último, la doctrina nacional (G. Urdaneta Troconis) identifica otro supuesto de incompetencia absoluta denominado falta de legitimación, referida a cierta cualidad del órgano que lo habilita para actuar válidamente en casos determinados para los cuales es competente, como lo sería la necesaria intervención de otro órgano dotado de potestad de control, a través de autorizaciones o aprobaciones administrativas (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 14 de mayo de 1993, caso *Elisa Etritton*, en RDP Nº 53-54, p. 206).

II. INCOMPETENCIA RELATIVA

§833. Plan — El vicio de incompetencia relativa en el caso del elemento subjetivo se da en los casos siguientes: (i) la incompetencia jerárquica; y (ii) la incompetencia temporal.

§834. Incompetencia jerárquica — El desconocimiento de la competencia jerárquica (o por razón del grado), por parte de la autoridad administrativa, solo produce, como regla, un supuesto de incompetencia relativa y, por consiguiente, origina únicamente la nulidad relativa (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 23 de marzo de 1994, en RDP Nº 57-58, p. 235; de fecha 14 de noviembre de 1994, en RDP Nº 67-68, p. 224; y de la CPCA, de fecha 29 de marzo de 2001).

§835. Incompetencia temporal (*ratione temporis*) — El acto administrativo dictado fuera del tiempo fijado solo será anulable cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

En estos casos, la irregularidad sólo dará lugar a la posible exigencia de responsabilidad al funcionario público causante de la demora, si hubiese lugar a ello, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 3 de la LOPA.

B. VICIO EN LA CAUSA

§836. Consagración legal — El elemento causa aparece consagrado en el Art. 18, num. 5 de la LOPA cuando se obliga a que en el acto administrativo aparezca una "expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes".

El vicio en la causa del acto administrativo se da en los casos siguientes: (i) la cosa decidida administrativa; y (ii) el falso supuesto.

I. COSA DECIDIDA ADMINISTRATIVA

§837. Planteamiento — La noción de cosa decidida administrativa y receptada por la jurisprudencia significa la fuerza jurídica de las decisiones ejecutivas (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 2 de septiembre de 1994, RDP, Nº 56/60, p. 202), aunque se reconoce que es menos fuerte que la autoridad de las cosa juzgada, característica de las decisiones del órgano jurisdiccional, pero superior a la de los actos privados y, fundamentalmente, de los actos unilaterales emanados de los particulares.

§838. Concepto — El vicio de violación de la cosa decidida administrativa consiste en el desconocimiento por parte de la autoridad administrativa de una situación jurídica anterior de carácter definitivo que creó derechos ad-

quiridos a favor de las personas (Art. 9 ord. 2º de la LOPA) (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 11 de agosto de 1983, RDP, Nº 16, p. 155).

Por tanto, la Administración Pública viola la cosa decidida administrativa cuando resuelve de manera diferente lo ya decidido por un acto administrativo definitivo, creador y declarativo de un derecho y, en consecuencia, el acto administrativo estará afectado de nulidad absoluta (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 11 de julio de 1982, RDP, Nº 11, p. 160; 7 de diciembre de 1982, RDP, Nº 13, p. 122; 11 de julio de 1985, RDP, Nº 24, p. 126; y 17 de octubre de 1985, RDP, Nº 24, p. 127).

II. FALSO SUPUESTO

§839. Antecedentes — El vicio denominado por la jurisprudencia abuso o exceso de poder hoy día no aparece consagrado como vicio de nulidad absoluta en el Art. 19 de la LOPA. En sus orígenes, estuvo relacionado con el elemento causa, y designaba la tergiversación de los presupuestos de hecho que autorizaban la actuación del funcionario público, la falta de demostración o prueba de las circunstancias de hecho prescritos en la norma atributiva de competencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de mayo de 1963).

§840. Concepto — La jurisprudencia engloba bajo la denominación del vicio de falso supuesto (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 3 de junio de 1969) una de las especies de los vicios de la causa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 28 de febrero de 1985): la falsedad absoluta –y no solo parcial– de los presupuestos o motivos (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 7 de noviembre de 1985; y del TSJ/SPA (6065), de fecha 2 de noviembre de 2005, RDP Nº 104, p. 159), de los hechos o del derecho (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 4 de noviembre de 1986, en RDP Nº 29, p. 91) o en fin, la tergiversación de los hechos y del derecho (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 29 de octubre de 1983).

§841. Clases — La doctrina y la jurisprudencia distinguen dentro del concepto de falso supuesto o suposición falsa, no solo el vicio en los motivos fácticos (falso supuesto de hecho), sino también en los motivos jurídicos (falso supuesto de derecho) (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 12 de abril de 1988, en RDP Nº 21, p. 135; y CSJ/SPA, de fecha 7 de abril de 1988; y TSJ/SPA, de fecha 25 de abril de 1991, caso *César Contasti B.*; Sent. Nº 401 del TSJ/SPA, de fecha 18 de marzo de 2003.) siendo este último denominado también por la doctrina nacional (Brewer-Carías) y jurisprudencia (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 17 de marzo de 1990; y Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 4 de octubre de 1994, RDP Nº 59-60, p. 198) como el vicio de ausencia

de base legal; es más, se le refiere como un elemento autónomo del acto administrativo diferente a la causa (Brewer-Carías).

§842. Falso supuesto de hecho — El vicio de falso supuesto de hecho acontece cuando se da la apreciación errónea del elemento causal del acto administrativo (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de mayo de 1974.), ya sea que no son ciertos o inexistentes (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 17 de mayo de 1984; TSJ/SE (59), de fecha 6 de junio de 2000, RDP Nº 82, p. 426; y de la CPCA, de fecha 28 de febrero de 1985; y Sent. Nº 474 del TSJ/SPA, de fecha 2 de marzo de 2000), esto es, la ausencia total o absoluta de los hechos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 9 de junio de 1990); falsedad, esto es, acontecimientos o situaciones que no ocurrieron o bien acaecieron de manera distinta a la apreciada (Véase Sent. Nº 1752 del TSJ/SPA, de fecha 27 de julio de 2000; y Nº 2230 del TSJ/SPA, de fecha 30 de noviembre de 2000; y Sent. Nº 465 del TSJ/SPA, de fecha 27 de marzo de 2001; y Sent. Nº 2807 del TSJ/SPA, de fecha 27 de noviembre de 2001), o no relacionados con el o los asuntos objeto de decisión (Véase Sent. Nº 474 del TSJ/SPA, de fecha 2 de marzo de 2000; y Sent. Nº 1117 del TSJ/SPA, de fecha 19 de agosto de 2002); ocurrieron pero de manera distinta a como fueron apreciados, esto es, cuando en su apreciación o calificación la Administración Pública para dictar su decisión tergiversa los hechos, esto es, aunque no sean falsos los aprecia erróneamente; cuando los hechos realmente significativos no son tomados en cuenta (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 17 de marzo de 1990; y de la CPCA, de fecha 4 de noviembre de 1986); da por ciertas cuestiones no involucradas en el asunto (Véase Sents. de la CPCA, de fechas 24 de enero de 1985 y 12 de abril de 1988; y de la CSJ/SPA, de fecha 14 de agosto de 1989); o en fin da por ocurrido un hecho sin haber prueba que lo respalde.

§843. Falso supuesto de Derecho — Por su parte, el vicio de falso supuesto de Derecho se da cuando la Administración Pública fundamenta el acto administrativo en una norma que no resulta aplicable al caso concreto (Véanse Sents. Nº 465 del TSJ/SPA, de fecha 27 de marzo de 2001; y Nº 6497 del TSJ/SPA, de fecha 13 de diciembre de 2005, RDP Nº 104, p. 161), aplicando las facultades que ejercen a supuestos distintos expresamente previstos en las normas o que distorsionen el alcance de las disposiciones legales (Véase Sent. Nº 1285 del TSJ/SPA, de fecha 21 de octubre de 1999); subsume los hechos existentes en una norma errónea o inexistente (Véase Sent. Nº 474 del TSJ/SPA, de fecha 2 de marzo de 2000; y Sent. Nº 1117 del TSJ/SPA, de fecha 19 de agosto de 2002); incurre en una errónea fundamentación jurídica (Véase Sent. Nº 1563 del TSJ/SPA, de fecha 15 de octubre de 2003); o por último en un erróneo sustento jurídico (Véase Sent. Nº 2582 del TSJ/SPA, de fecha 5 de mayo de 2005).

C. VICIO EN EL CONTENIDO

§844. Concepto — El elemento objetivo se regula en el Art. 18, num. 6 de la LOPA, entendiéndose en el sentido más técnico que el objeto se confunde con el contenido de la decisión misma, el cual debe ser lícito (criterio jurídico), posible (criterio material) y determinado o determinable (criterio jurídico).

De ahí que correlativamente, los vicios que pueden afectar al acto administrativo son la ilicitud, la imposibilidad y la indeterminación del objeto (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de julio de 1993, caso *Lourdes Vargas de Trujillo*, en RDP Nº 55/56, p. 225).

§845. Clases — De acuerdo con el Art. 19, num. 3 de la LOPA, los vicios que dan origen a la nulidad absoluta son solo los dos primeros, esto es: (i) el objeto imposible y (ii) el objeto ílícito o de ilegal ejecución (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 7 de abril de 1988, RDP Nº 34, p. 97).

§846. Imposibilidad de ejecución — Este supuesto está referido a un problema material del acto y no jurídico; su contenido es de tal naturaleza que no puede ser ejecutado, pues no es un problema de ilegalidad sino de ineficacia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 28 de enero de 1988, caso *"URAPLAST, C.A."*). Por lo demás, el caso de la imposibilidad física ha de ser originaria y no sobrevenida.

§847. Ilicitud de ejecución — Por lo que respecta al objeto ilícito o de ilegal ejecución, o imposibilidad jurídica, no es propiamente la ejecución del acto administrativo lo que resulta ilegal o imposible, sino el contenido del mismo; esto es, lo que el autor ha querido disponer, autorizar u ordenar equivale a ilegalidad del acto administrativo por vicios en el mismo (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 7 de abril de 1988, caso *"Distribuidora Continental, S.A.*). Es, por ejemplo, cuando el objeto está prohibido legalmente o constituye un delito, como lo sería la expedición ilegal de permisos o licencias (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 26 de julio de 1984, caso *Despachos Los Teques, C.A.*).

§848. Indeterminación — Por último, la indeterminación del objeto hace referencia a la manifestación de voluntad administrativa imprecisa; por ejemplo, la sanción administrativa que no determine el monto de la multa impuesta.

En este caso, más que a la validez, afecta a la eficacia del acto administrativo de que se trate. Por su parte, la doctrina nacional (Urdaneta Troconis) sostiene que al no estar contemplado en el art. 19, num. 3 de la LOPA, solo originaría la nulidad relativa.

D. VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

§849. Concepto — El otro elemento esencial del acto administrativo es el teleológico o fin específico perseguido por la ley (Véase Sents. de la CF, de fechas 24 de noviembre de 1953; 28 de septiembre de 1954; y 2 de junio de 1958; CSJ/SPA, de fecha 28 de septiembre de 1954; y CPCA, de fecha 14 de junio de 1982, en RDP Nº 11, p. 134), el cual no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible este, y constituye un motivo del control de la legalidad del acto administrativo (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 6 de febrero de 2001).

§850. Clases — El vicio de desviación de poder se manifiesta de dos maneras: (i) subjetiva, es cuando a través del acto administrativo se persiga un fin privado o un interés particular; y (ii) objetiva, cuando persigue un fin de interés público que no coincide con el fin de interés público específico previsto por la norma atributiva de competencia (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 14 de junio de 1982, en RDP Nº 11, p. 134; 11 de agosto de 1983 y 5 de abril de 1990); en suma, por obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 29 de mayo de 1984).

Por tanto, el acto administrativo que pretenda la satisfacción de un fin público distinto de aquel interés general específico previsto en la norma, incurre en una infracción del Ordenamiento jurídico denominado desviación de poder (*détournement de pouvoir*), cuando persigue:

- Un fin público distinto al previsto en la norma (por ejemplo: un fin financiero en lugar de un fin ambiental).
- Un fin o interés personal o privado del funcionario o de terceros (por ejemplo, la venganza o beneficio de terceros).

E. VICIO PROCEDIMENTAL

§851. Planteamiento — El otro elemento esencial es el procedimiento administrativo que aparece regulado en el Art. 47 y ss. de la LOPA. De entrada adelantamos que de acuerdo con la doctrina contemporánea, la significación y trascendencia que tienen el vicio procedimental es muy superior a los que le asigna la doctrina tradicional.

El vocabulario jurídico corriente tiende a dar al término forma una acepción extensiva que englobaría al procedimiento administrativo. Empero, la distinción debe ser hecha, insistimos, puesto que las formalidades corresponden al procedimiento administrativo, y las irregularidades que le conciernen constituyen, entonces, un vicio procedimental.

§852. Concepto — El vicio procedimental se distingue esencialmente del vicio de forma, por la diferencia de objeto de las reglas que son invocadas y sancionadas por la autoridad llamada a conocer de las mismas.

En el vicio de forma, las normas conciernen a la declaración de voluntad administrativa, a su presentación material o a su aspecto externo. Por el contrario, el vicio procedimental es una causa de nulidad que puede afectar al acto administrativo por violación de las normas relativas al procedimiento administrativo debido.

§853. Visión contemporánea — En el ámbito del Derecho administrativo tradicional, como consecuencia de la aplicación del principio de la instrumentalidad del procedimiento administrativo, la regla general en materia de vicios procedimentales ha sido la anulabilidad, aplicándose solo excepcionalmente y con criterio restrictivo, la nulidad absoluta para determinadas causas tasadas (Véase Sent. de la CPCA, de fechas 11 de junio de 1987, caso *Ángelo Maiorana*, RDP, Nº 31, p. 79; 29 de septiembre de 1987, caso *Francisco Uzcátegui,* RDP, Nº 32, p. 81; 4 de noviembre de 1987). Por otra parte, se admiten los denominados vicios intrascendentes o irrelevancias que no darían lugar a la invalidez (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 1 de julio de 1980, RDP, Nº 3, p. 123).

Por el contrario, para la doctrina contemporánea el procedimiento administrativo legalmente establecido por el Ordenamiento jurídico será siempre obligatorio y su violación afectará la validez del acto administrativo dictado con tal vicio. De ahí que el procedimiento administrativo no puede ser visto como un elemento puramente instrumental del acto administrativo. El procedimiento es una institución jurídica con relevancia constitucional propia conectada con el fondo, con la sustancia de la decisión, en cuanto que es el modo de desarrollo de la función administrativa (Ponce Solé). Por tanto, los vicios procedimentales, lejos de ser vicios formales, es decir, relativos al aspecto externo de la decisión, inciden en el fondo, en la sustancia del asunto, viciando su causa (Ponce Solé), y de ahí que se impone su análisis a la luz de la nueva visión del procedimiento administrativo.

§854. Clases — ¿Cuál es, entonces, la virtud invalidante de los vicios procedimentales? Para responder correctamente a la pregunta formulada habrá que tener en cuenta los elementos apuntados y a la vista del caso concreto, según analizaremos a continuación.

El incumplimiento de la obligación del respeto al procedimiento administrativo debido puede producirse, tanto por un cumplimiento defectuoso de la actividad procedimental necesaria, como por una omisión de la misma

(Ponce Solé). Por tanto, los vicios procedimentales, al igual que los vicios de fondo, puede ser de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

§855. Antecedentes — Con anterioridad a la vigencia de la LOPA, la jurisprudencia asumió la posición de determinar caso por caso, los supuestos de los vicios procedimentales que acarreaban la nulidad absoluta. El acto administrativo sería absolutamente nulo cuando existe:

- Carencia total y absoluta del procedimiento administrativo debido.
- Aplicación de un procedimiento administrativo distinto al previsto por la ley (desviación de procedimiento).
- La prescindencia de principios y reglas generales para la formación de la voluntad administrativa, o se transgreden fases del procedimiento administrativo que constituyen garantías esenciales (principio de esencialidad).

§856. Clases — La reacción jurídica que corresponde asignar a los diversos vicios procedimentales que afectan al acto administrativo dependerá de la importancia que en cada caso tenga el vicio cometido y que analizaremos a continuación.

Por su parte, el Art. 19, ord. 4º de la LOPA señala que los actos de la Administración Pública serán absolutamente nulos cuando hubieren sido dictados con prescindencia total y absoluta del procedimiento administrativo legalmente establecido, lo cual vulnera el principio constitucional del cumplimiento del procedimiento administrativo debido.

En tal sentido, la jurisprudencia (Véase Sents. Nº 1996 del TSJ/SPA, de fecha 25 de febrero de 2001, RDP Nº 85/88, p. 179; Nº 2.338 del TSJ/SPA, de fechas 25 de octubre de 2006; y Nº 1.274, del 22 de noviembre de 2008, RDP Nº 116, p. 195) ha delineado el contenido y alcance del vicio procedimental, dando lugar a la nulidad absoluta en los casos siguientes:

- La carencia o prescindencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos.
- La aplicación de un procedimiento administrativo distinto al previsto por la ley correspondiente, es decir, cuando por una errónea calificación previa del procedimiento administrativo a seguir, se desvíe la actuación administrativa del *iter* procedimental que debía aplicarse de conformidad con el texto legal.
- La prescindencia de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa, o se transgreden fases del procedimiento administrativo que constituyan garantías esenciales del administrado (principio de esencialidad).
- La vía de hecho administrativa.

Fuera de los supuestos enunciados cabría hablar, en principio, de nulidades relativas de los demás vicios de procedimiento (art. 20 de la LOPA).

I. VICIO DE AUSENCIA ABSOLUTA DE PROCEDIMIENTO

§857. Concepto — El Art. 19, num. 4 de la LOPA señala que el acto administrativo será absolutamente nulo cuando hubiere sido dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento administrativo legalmente establecido.

En tal sentido, la doctrina española (García De Enterría) señala que el olvido total y absoluto del procedimiento administrativo no hay que identificarlo únicamente con la ausencia de todo procedimiento administrativo. Ello significaría reducir a la nada el tipo legal, ya que, aunque solo sea por exigencias derivadas de la organización, siempre hay ciertas formas, un determinado *iter* procedimental por rudimentario que sea, en el obrar de los órganos administrativos, pues difícilmente puede existir una ausencia total de las reglas de procedimiento administrativo en la producción del acto administrativo.

§858. Vía de hecho administrativa — El supuesto más grave de la prescindencia total y absoluta del procedimiento administrativo contemplado en el Art. 19, ord. 4º de la LOPA, es aquel que la jurisprudencia califica como vicio de vía de hecho administrativa, cuando existe una lesión a los derechos fundamentales (Véase Sent. de la CSJ/SPA (190), de fecha 8 de mayo de 1991, caso *Ganadería El Cantón*, RDP, Nº 46, p. 126). Por su parte, la doctrina lo analiza como objeto de la pretensión procesal administrativa. En el mismo sentido: CSJ/SPA, de fecha 3 de octubre de 1990, caso *Inmobiliaria Cumboto*, RDP, Nº 44, p. 214).

II. VICIO DE DESVIACIÓN DE PROCEDIMIENTO

§859. Concepto — La sanción de nulidad absoluta también procede en los casos de vicio de desviación de procedimiento, esto es, cuando la Administración Pública ha observado, en efecto, un procedimiento administrativo, pero no el concreto previsto por la ley para ese supuesto, aunque coincidan parcialmente uno y otro procedimiento administrativo (desviación de procedimiento) (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 3 de junio de 1982, RDP, Nº 11, p. 113): por ejemplo, el otorgamiento de una concesión a través de una adjudicación directa y no del concurso público legalmente exigido (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de abril de 1983, RDP, Nº 14, p. 153).

Por otro lado, el vicio de desviación de procedimiento es un vicio procedimental, por su originalidad y su objetividad, como lo es el empleo del procedimiento administrativo inadecuado jurídicamente, y no es una especie del

género desviación de poder como sostiene la doctrina (Urdaneta Troconis). Tal es el criterio de la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA (85), de fecha 28 de febrero de 1991, caso *Librado Durán,* RDP, Nº 45, p. 105).

III. VICIO DE INDEFENSIÓN

1. *Introducción*

§860. Concepto — El problema más interesante que se plantea dentro de los vicios procedimentales es el relativo al vicio de indefensión, "uno de los principales vicios del procedimiento administrativo" (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 15 de mayo de 1986, RDP, Nº 26, p. 110), tanto en el procedimiento administrativo constitutivo como el procedimiento administrativo de revisión (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de diciembre de 1985, RDP Nº 25, p. 99), que por infringir a la vez el derogado Art. 68 (hoy 49) de la C, sostiene la jurisprudencia que comporta un vicio de nulidad absoluta del acto administrativo producido así, de acuerdo con el Art. 46 (hoy 25) de la C (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 7 de marzo de 1985, *caso Manuel Romero,* RDP, Nº 21, p. 134. En el mismo sentido Sent. de la CPCA, de fecha 7 de diciembre de 1982, RDP, Nº 13, p. 108).

§861. Clases — En tal sentido, el acto administrativo será absolutamente nulo en los casos siguientes: (i) la falta de notificación; (ii) la negativa de argumentos y pruebas; y por último (iii) la notificación defectuosa.

§862. Falta de notificación — El respeto del derecho a la defensa comporta a su vez el derecho del interesado de ser notificado de la apertura del procedimiento y de la decisión que pretende dictarse, así como sus motivos y presentar su defensa.

§863. Negativa de argumentos y pruebas — Cuando la comparecencia personal es obligatoria en virtud de un requirimiento, la convocatoria del interesado debe comportar un lapso razonable para que pueda útilmente preparar su defensa.

Lo esencial del derecho a la defensa consiste en la posibilidad para el interesado de presentar sus alegaciones y pruebas a la autoridad competente, razón por la cual aquellas deben ser incorporadas al expediente abierto y dentro del cual dictará el acto administrativo final.

§864. Notificación administrativa efectuosa — La publicidad constituye un requisito esencial para que el acto administrativo cobre eficacia respecto a terceros (Véase Sent. Nº 1939 del TSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2007, RDP Nº 112, p. 559).

Así, la vigente LOPA recoge la doctrina que postula –en ausencia de norma procedimental expresa aplicable– que la notificación es de la esencia de los actos administrativos particulares, mientras que se reserva la publicación para los actos administrativos generales –*rectius*– actos normativos o reglamentos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 3 de abril de 1984, RDP, Nº 18, p. 157). Ahora bien, su integración como un requisito formal torna necesario averiguar cuál es la consecuencia a raíz de un vicio de esta índole.

§865. Plan — En relación con la notificación defectuosa, pueden darse diversas situaciones y posibilidades, como analizaremos a continuación*:* (i) la falta absoluta; (ii) la notificación que induce a error; y (ii) la notificación con otro tipo de defectos.

§866. Falta absoluta — En este supuesto faltan los requisitos elementales para que el acto administrativo adquiera eficacia. Si el mismo no ha sido objeto de publicidad, entiéndase que no tiene eficacia respecto de terceros, por cuya razón no cabe hablar de defecto alguno sino, por el contrario, de inexistencia o de falta absoluta de notificación administrativa y, por ende, la voluntad administrativa no ha llegado a exteriorizarse.

§867. Notificación que induce a error — En tal caso, hay que entender que si el interesado hace caso de la indicación administrativa e instaura el recurso administrativo o jurisdiccional que en la ocurrencia era improcedente, queda a salvo el derecho del interesado para plantear después el asunto ante el órgano competente.

§868. Notificación con otro tipo de defectos — Como cuestión previa se observa que la parte adjetiva de la notificación administrativa tiene por finalidad instruir a los interesados de los recursos o acciones procedentes que puedan interponer contra la decisión que se notifica, para que no queden indefensos en caso de disconformidad con lo resuelto.

2. *Teoría de la convalidación*

§869. Principio del logro del fin — La notificación puede afectar a la vinculación o sujeción del interesado al acto administrativo, más no su existencia. De ahí que por cuanto el cumplimiento de los requisitos formales que deben acompañar la notificación tiene carácter instrumental (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 4 de junio de 1992, RDP, Nº 50, p. 140), existe la posibilidad de que puede convalidarse la notificación defectuosa por actos expresos del destinatario, siempre y cuando de estos actos se desprenda que ha superado por sí mismo el peligro de la indefensión, en virtud del principio del logro del fin (Véase Sent. Nº 1939 del TSJ/SPA*,* de fecha 28 de noviembre de 2007, RDP Nº 112, p. 5569; y CPCA, de fecha 27 de abril de 2000, RDP Nº 82, p.

418), lo que ciertamente no se asegura por el mero hecho de exteriorizar la certeza de que la notificación se ha practicado, en los siguientes casos: (i) la interposición del recurso o acción; (ii) la manifestación voluntaria; (iii) la omisión de los requisitos; y por último (iv) el conocimiento adquirido.

§870. Interposición del recurso o acción — El interesado interpone el recurso o acción pertinente en la sede administrativa o en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respectivamente (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 24 de marzo de 1980, caso *Inversiones Drolara, C.A.,* RDP, Nº 2, p. 120 y otras muchas más; y CPCA, de fecha 21 de marzo de 1985, caso *INSID, C.A.,* RDP, Nº 22, p. 162, además de otras muchas).

§871. Manifestación voluntaria — El interesado, voluntariamente, manifiesta de modo expreso que se da por notificado, no obstante la ausencia absoluta o los defectos contenidos en la notificación administrativa, pues notificarle lo que ya el conoce constituiría un trámite inútil (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 27 de noviembre de 1989, RDP, Nº 40, p. 72).

§872. Omisión de los requisitos — Si la notificación administrativa contienen el texto íntegro del acto administrativo y omite la relativo a los recursos, será válida en cuanto *conditio iuris* para la eficacia del acto, pero no comenzarán a discurrir los plazos para interponer los recursos o acciones que procedan (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 20 de mayo de 1985, caso *INPLOCA*, RDP, Nº 23, p. 139).

Por el contrario, si la notificación administrativa no contiene el texto íntegro del acto, más que defectuosa la notificación, en este supuesto puede considerarse como inexistente si no da traslado al interesado la integridad de lo que tiene derecho a conocer, sin que exista posibilidad de convalidación, aunque reúna los restantes requisitos legales.

§873. Teoría del conocimiento adquirido — Por último, si del expediente administrativo o de la actuación del interesado surgiera claramente que por un medio distinto al expresamente previsto por la norma conoció el acto administrativo de que se trata, se lo tendrá por notificado desde que tal circunstancia quedó demostrada o evidenciada de forma fehaciente o indubitable, pues ella subsana la falta del requisito legal (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 17 de enero de 1996, JCSJ, 1996, Nº 1; 8 de febrero de 1996, JCSJ, 1996, Nº 2; 6 de agosto de 1997, JCSJ, 1997, Nº 8/9-125; CPCA, de fecha 1 de noviembre de 1984, RDP, Nº 20, p. 137; 10 de diciembre de 1984, RDP, Nº 20, p. 138).

IV. VICIO DE LA CONSULTA ADMINISTRATIVA

§874. Plan — El procedimiento de consulta administrativa constituye una suerte de sub-procedimiento que se encuentra regido por los Arts. 54 y 57 de la LOPA. En tal sentido se distinguen, al efecto, los casos siguientes: (i) Informe u opinión vinculante; y (ii) el informe u opinión no vinculante.

§875. Informe u opinión vinculante — En el caso del informe u opinión no vinculante, si la autoridad administrativa competente se estima erróneamente vinculada por aquel, incurre en una incompetencia negativa, que se analiza en un error de Derecho. Por el contrario, la autoridad administrativa puede libremente seguir el contenido del informe o simplemente separarse del mismo.

§876. Informe u opinión no vinculante — En lo que respecta al informe u opinión vinculante, la consulta al órgano es necesariamente obligatoria. Por tanto, la omisión o la ausencia del informe o la opinión de conformidad con la decisión final, implica necesariamente la nulidad absoluta de esta última. En efecto, la omisión del informe u opinión vinculante o la ausencia de conformidad comporta la invalidez del acto administrativo final, la cual solo puede ser invocada al impugnarse este último.

V. VICIO DE LA CONSULTA PÚBLICA

§877. Procedimiento administrativo consultivo — La C y la LOAP consagran la participación administrativa o en sede administrativa, como instancia de intervención en el proceso de toma de decisiones de contenido normativo, donde la nota característica es la celebración de una audiencia pública en la cual el ciudadano tiene la "oportunidad de ser oído".

Ahora, el procedimiento administrativo consultivo está integrado por un conjunto de actos y éstos a la vez agrupados en fases, para poder alcanzar los fines para los cuales ha sido diseñado en los Arts. 138, 139 y 140 de la LOAP.

§878. Vicio procedimental — De lo dicho se desprende que el procedimiento administrativo consultivo es una obligación constitucional y legal y requisito esencial para que la norma sea válida. Por tanto, su incumplimiento o cumplimiento irregular origina un vicio procedimental.

Un caso concreto es la omisión de la evaluación o análisis de las opiniones presentadas. El efecto jurídico no solo es el carácter obligatorio de su celebración, sino también el de motivar las decisiones y, de consiguiente, fundamentar o motivar razonadamente –en el preámbulo o exposición de motivos– la estimación o desestimación de las opiniones vertidas por los participantes. Y es que, de acuerdo con el principio de buena Administración, la importancia de la consideración de las opiniones debe ser no solo formal sino material,

pues únicamente con la real consideración quedará demostrado el sustento fáctico, o la carencia de él, de la norma que va a adoptarse.

§879. Nulidad absoluta — Por tanto, en caso de vicio procedimental, la regla es que la norma aprobada será nula de nulidad absoluta (Art. 140 de la LOAP).

En efecto, el valor de la participación es el de ser un instrumento posibilitador, aparte de otros principios, del de la buena Administración en la toma de las decisiones y, por tanto, debe ser equiparable la omisión del necesario trámite de consulta pública imprescindible para resolver con conocimiento de causa, a la ausencia de un auténtico procedimiento administrativo debido. De lo contrario, la norma dictada estará viciada de nulidad absoluta por la omisión de un trámite esencial, o como señala también la doctrina por falta de causa suficiente, pudiendo alegarse por parte de las personas afectadas, la nulidad por inconstitucionalidad al atentar contra los derechos fundamentales de participación ciudadana, debido proceso y de buena Administración consagrados en los Arts. 62 y 49 de la C.

Fuera de los supuestos enunciados cabría hablar, en principio, de nulidad relativa en los demás vicios procedimentales de conformidad con la aplicación analógica del Art. 20 de la LOPA.

F. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL O LEGAL

§880. Concepto — La última causal de nulidad absoluta es de carácter residual y no está referida a elemento alguno del acto administrativo. Es el caso de la sanción de nulidad *ipso iure*, cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal (Art. 19, num. 1 de la LOPA). Es, por tanto, la sanción jurídica de nulidad del acto administrativo la que derivaría por expresa disposición de una norma con rango legal o la propia Constitución, como sucede en los casos de actos administrativos dictados en ejercicio del Poder Público que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y la ley, según lo establece el Art. 25 de la C, o el caso de la autoridad usurpada (Art. 138 de la *C*).

TEORÍA DE LA NULIDAD RELATIVA

§881. Presunción de anulabilidad — La LOPA reconoce, junto al principio de tipicidad de los vicios que comportan la nulidad absoluta del acto, una cláusula residual consistente en considerar anulables todos aquellos vicios no contemplados en el Art. 19 de la LOPA. Rige, por tanto, la regla de la presunción de anulabilidad o nulidad relativa y solo, excepcionalmente, tiene lugar la nulidad absoluta.

A. VICIO DE FORMA

§882. Criterio general — Con respecto al elemento esencial referido a la forma del acto administrativo, este aparece prolijamente regulado en los Arts. 14, 15, 16, 17 y 18, nums. 1 al 8 de la LOPA, cuya omisión o cumplimiento irregular daría lugar a la nulidad relativa.

B. VICIO DE INMOTIVACIÓN

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§883. Concepto — El requisito de la motivación es exigido con carácter general para los actos administrativos, de conformidad con los Arts. 9 y 18, num. 5 de la LOPA, excepto para los actos de trámite (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 2 de abril de 1984, RDP Nº 18, p. 167) y los de carácter normativo o reglamentos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 17 de marzo de 1990, RDP Nº 42, p. 99). En tal sentido, la obligación de motivar los actos administrativos es considerada como una formalidad esencial que se sanciona rigurosamente.

§884. Clases — La motivación no está sometida a ningún formato o modelo determinado (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de julio de 1984), señalando la jurisprudencia que la motivación debe ser sucinta pero suficiente (Véase Sents. de la CPCA, de fechas 21 de marzo de 1984, en RDP Nº 18, p. 165; y 20 de mayo de 1994, caso *Procompetencia*, en RDP Nº 57-58, p. 242; y Nº 1076 del TSJ/SPA, de fecha 11 de mayo de 2000, caso *Carlos Urdaneta Finucci).*

Por tanto, el vicio de la inmotivación solo se da cuando hay ausencia absoluta de motivación (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 15 de marzo de 1990). Asimismo, la denominada motivación antitética o contradictoria es asimilable al vicio de inmotivación (Véase Sent. de la CPCA, de fechas 22 de noviembre de 1984; 3 de marzo de 1988, y 14 de abril de 1988, RDP Nº 34, pp. 91 y 92; y CPCA, de fecha 7 de febrero de 2001).

Finalmente, el vicio de inmotivación admite diversos grados, y la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 6497 del TSJ/SPA, de fecha 13 de diciembre de 2005, RDP Nº 104, p. 161; Nº 2779, de fecha 7 de diciembre de 2006, RDP Nº 108, p. 167) ha procedido a efectuar la distinción así: (i) la motivación insuficiente; (ii) la motivación contradictoria; y por último (iii) la motivación sobrevenida.

§885. Motivación insuficiente — Este el supuesto donde falta en forma absoluta la motivación (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 30 de marzo de 2000, RDP Nº 81, p. 207), o la motivación es exigua por no reunir las condiciones mínimas necesarias (Véase Sent. Nº 1117 del TSJ/SPA, de fecha 19 de septiembre de 2002).

§886. Motivación contradictoria — La motivación contradictoria o ininteligible se verifica cuando se han expresado las razones, pero los motivos se destruyen entre sí por ser contrarios o contradictorios (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 9 de mayo de 1991; Nº 1117 del TSJ/SPA, de fecha 19 de septiembre de 2002); esto es, se expresan de modo incomprensible, confuso, ininteligible o discordante (Véase Sent. Nº 1930 del TSJ/SPA, de fecha 27 de julio de 2006, caso *Asociación de Profesores de la Universidad Simón Bolívar*; y Nº 1217 del TSJ/SPA, de fecha 11 de julio de 2007).

§887. Motivación sobrevenida — Este último supuesto es cuando se procede a efectuar la corrección de la motivación con posterioridad al acto administrativo que causa estado (Véase Sent. Nº 1076 del TSJ/SPA, de fecha 11 de mayo de 2000, RDP Nº 82, p. 431).

En este orden de ideas, la jurisprudencia (Véase Sent. del TSJ/SC, de fecha de 2010) ha extendido la noción de motivación sobrevenida a los casos donde de manera irregular el juez contencioso administrativo ha procedido a la sustitución de la base jurídica y, por ende, a motivar de manera sobrevenida un acto administrativo del que estaba conociendo, sustituyendo de manera irregular a la Administración Pública y con grave desconocimiento del principio de separación de poderes.

II. EFECTOS JURÍDICOS

§888. Nulidad — El vicio de inmotivación (ausencia de motivación o motivación defectuosa) constituye serio indicio de que no han sido respetadas las directivas de actuación establecidas por los principios de buena Administración (Ponce Solé).

De ahí que el requisito de la motivación debiera ser mirado por la Administración Pública, no como una simple formalidad para cumplir un mandato de ley, sino como una necesidad derivada de la misma naturaleza del Estado de Derecho (Véase Sent. de CSJ/SPA, de fecha 13 de junio de 1967, GF, Nº 56, 1967, p. 216), razón por la cual el mismo ha de analizarse según la jurisprudencia (Véase Sent. de CPCA, de fecha 11 de agosto de 1983, RDP, Nº 16, p. 155).

§889. Incompatibilidad — Por último, la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 3 de octubre de 1990, caso *INTERDICA S.A.*; y Sent. Nº 2807 del TSJ/SPA, de fecha 21 de noviembre de 2001) ha sostenido que el vicio de inmotivación y de falso supuesto son excluyentes, ya que si se afirma que el acto administrativo está inmotivado, que se desconocen los motivos que tuvo la Administración Pública para dictarlo, no puede al mismo tiempo sostenerse que son falsos los motivos en que se fundamentó o que estos fueron

apreciados erróneamente, resultando por tanto contradictoria su alegación simultánea (Véase Sents. del TSJ/SPA, Nº 01661, 01044, 03405, 00649 0917, de fechas 28 de octubre de 2003, 12 de agosto de 2004, 26 de mayo de 2005, 5 de marzo de 2006 y 6 de junio de 2007, RDP Nº 110, p. 164).

C. VICIO DE LA CLÁUSULA ACCESORIA

§890. Concepto — La aplicación del sistema de la particularización de los vicios se complementa con el estudio de los vicios o defectos que hacen al contenido eventual del acto administrativo, es decir, las cláusulas accesorias. En efecto, por una derivación del principio de accesoriedad, el vicio que afecte una cláusula de este tipo no invalida en principio la totalidad del acto administrativo, produciendo tan solo su nulidad parcial.

TEORÍA DE LOS VICIOS INTRASCENDENTES

§891. Planteamiento — En el Derecho administrativo existen irregularidades del acto administrativo que afectan a su licitud y que, sin embargo, no dan lugar a su invalidez, los cuales son conocidos por la doctrina como la teoría de los vicios intrascendentes, vicios inoperantes, o en fin irregularidades no invalidantes.

Igualmente, la jurisprudencia ha acogido la teoría de los vicios intrascendentes (Véase Sents. de la CSJ/SPA de fecha 1 de julio de 1980, RDP, Nº 3, p. 123; y de la CSJ/SPA-ET, de fecha 19 de diciembre de 1996, Exp. Nº 7.258, S. Nº 868, caso *San Martín de Forres C.A.,* JCSJ, Nº 1996, Nº 12, p. 187. En el mismo sentido: CSJ/SPA-ET, de fecha 13 de noviembre de 1997, JCSJ, 1997, Nº 11, p. 191).

§892. Concepto — La teoría de los vicios intrascendentes es cuando se está en presencia de una irregularidad que no tiene relevancia invalidante, y cuando la ausencia de daño o indefensión hace que sea irrelevante y no acarree nulidad absoluta, ya que estos vicios comportan infracciones o vulneraciones leves en las formas de los actos administrativos, lo cual no impide que el acto alcance su fin o que produzca sus efectos, y que, en todo caso, sólo acarrearía nulidad relativa, subsanable por la propia Administración Pública (Véase Sent. de fecha 17 de abril de 1996, caso: *All America Cables and Radio Inc.*), respetándose así el principio de *favor acti* o presunción de validez de los actos administrativos, conforme al cual estos se consideran válidos en tanto no sea declarado lo contrario por el órgano jurisdiccional competente, tratándose por tanto de una presunción *iuris tantum* (Véase Sent. de la CSJ/SPA-ET, de fecha 19 de diciembre de 1996, Exp. Nº 7.258, S Nº 868, caso *San Martín de Porres C.A.*, JCSJ, Nº 1996, Nº 12, p. 187. En el mismo sentido: CSJ/SPA-ET, de fecha 13 de noviembre de 1997, JCSJ, 1997, Nº 11, p. 191).

§893. Fundamento jurídico — La tendencia es hacia aceptar que ciertas irregularidades del acto administrativo, cuando son de menor gravedad, es decir, irrelevantes o intrascendentes, no afectan su validez y eficacia, puesto que en realidad no constituyen verdaderos defectos o vicios (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 1 de febrero de 1989, caso *Marcos M. Uribarri,* RDP, Nº 37, p. 105).

De tal modo habría irregularidades que no obstante afectar el acto administrativo emitido, no han causado indefensión o daño irreparable y, por ende, no producirían su anulabilidad ni mucho menos su nulidad (Véase Sent. de la CSJ/SPA-ACC, de fecha 1 de julio de 1980, RDP, Nº 3, p. 128).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo,* Paredes Editores, Caracas, 2010 y Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo,* Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV., *Tendencias de la Jurisprudencia Venezolana en Materia Contencioso Administrativa, VIII Jornadas "Dr. J.M. Domínguez Escobar,* IEJEL, Barquisimeto, 1983; AA.VV., *Derecho Contencioso Administrativo, Libro Homenaje al Profesor Luis Enrique Farías Mata,* IEEL, Caracas, 2006; AA.VV *Avances Jurisprudenciales en el Contencioso Administrativo en Venezuela, XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escobar",* 3 ts, IEJEL, 1993; AA.VV., *El Contencioso Administrativo Hoy,* Jornadas 10º Aniversario, FUNEDA, Caracas, 2004; AA.VV., *Los Requisitos y Vicios de los Actos Administrativos,* en Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. V, EJV-FUNEDA, Caracas, 2006; Fernández T. R.*, La nulidad de los actos administrativos,* Colección Monografías Jurídica Nº 11, EJV, Caracas, 1979; García De Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Hernández-Mendible, V., "Los vicios intrascendentes", en *Procedimiento Administrativo, Proceso y Justicia Constitucional,* Vadell Hnos. Editores, Caracas, 1997; Meier, H., *Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo,* Editorial Jurídica Alba, Caracas, 1991; Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad,* LexNova, Valladolid, 2001; Torrealba Sánchez, M. A., *La Vía de Hecho en Venezuela,* FUNEDA, Caracas, 2011.

LECCIÓN 6. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tema 20. Concepto

Sumario: TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Actividad contractual. Teorías. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Régimen jurídico-sustantivo. Régimen jurídico-procesal.

TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A. ACTIVIDAD CONTRACTUAL

I. CUESTIÓN PREVIA

§894. Planteamiento — El tema de los contratos de la Administración Pública es un elemento central de la función administrativa, y como tal ha pasado a ser una de las instituciones fundamentales del Derecho administrativo contemporáneo.

En efecto, la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa, no siempre procede por vía unilateral mediante actos o reglamentos administrativos, sino que con frecuencia requiere de acuerdos en sus diversas formas, celebrando convenios de muy distinta naturaleza. Sus múltiples y complejos fines la obligan a la celebración de numerosos actos jurídicos, solicitando la colaboración voluntaria de los sujetos privados y aun de otros entes públicos –en este caso denominados contratos interadministrativos–, para hacer más eficiente su acción en la función administrativa. Esta clase de relaciones, nacidas de un intercambio de voluntades entre el Estado y sus contratistas, son las técnicas preferentemente utilizadas por la Administración Pública con el objeto de obtener de las personas, la colaboración indispensable para el cumplimiento de sus fines propios (Sayagués laso). De ahí que la Administración Pública en su actividad no se sustrae a la práctica de la contratación, que crece exuberantemente, no solo en intensidad, sino también en radio de acción, en materias y en ámbitos.

El contrato es, en suma, una de las formas jurídicas de la función administrativa, y también una de las técnicas de colaboración voluntaria de las personas con la Administración Pública, en materia de obras, bienes y servicios.

II. ORIGEN

§895. Jurisprudencial — A pesar del precario desarrollo del Derecho administrativo, la teoría del contrato administrativo tuvo muy tempranamente consagración jurisprudencial cuando la antigua CFC (Véase Sent. de la CFC, de fecha 5 de diciembre de 1944, *Caso Puerto La Guaira*) admitiendo "una distinción fundamental entre los contratos administrativos que interesan a los servicios públicos y los contratos de derecho privado", dedujo los principios siguientes:

- Las disposiciones que regulan los contratos en el Código Civil no le son aplicables.
- El régimen jurídico está íntimamente vinculado a la noción de servicio público.
- Por tanto, concluye, existe "una neta diferenciación entre el régimen y ejecución de los contratos administrativos y los de Derecho Privado".

§896. Consagración — Desde entonces se consagró lo que se ha denominado la *summa divisio* francesa, donde la consecuencia fundamental radica en el distinto régimen jurídico aplicable y en la jurisdicción competente para conocer de los mismos (Sent. de la CF, de fecha 3 de diciembre de 1959).

En efecto, en un cierto número de casos, los contratos que celebra la Administración Pública no se distinguen de las condiciones en que los sujetos privados suscriben entre ellos, y, por ende, estarán sometidos al régimen jurídico de Derecho privado. Pero en otro gran número de casos, la Administración Pública concluye contratos que se distinguen de los anteriores en el reconocimiento –explícito o implícito– a favor de la Administración Pública de un régimen jurídico exorbitante, y a los que se denominan contratos administrativos.

B. TEORÍAS

§897. Plan — Sin embargo es una categoría jurídica que ni antes ni ahora ha sido pacífica por parte de una muy calificada doctrina científica. Ahora, por cuanto la teoría del contrato administrativo ostenta un régimen jurídico-sustantivo y un régimen jurídico-procesal propios, es de vital importancia aclarar esta cuestión. Frente a todo contrato celebrado por la Administración resulta preciso saber cuál es el (o los) criterio (s) para distinguir entre un contrato administrativo de otro contrato de Derecho privado.

Así las cosas, para una mayor claridad de la exposición, la dividiremos en dos grandes bloques: la teoría defensora (i); y la teoría negadora (ii).

§898. Teoría defensora — De entrada se puede afirmar que la teoría defensora es la dominante en nuestro país (Araujo-Juárez, R. Badell Madrid, L. H. Farías Mata, H. Iribarren Monteverde), la cual se divide, a su vez, en

dos grandes corrientes: una calificada como sustantiva, apoya la distinción tanto en la causa o el fin (finalidad u objeto), de naturaleza objetiva, como también en el régimen jurídico público que deriva de su finalidad pública; la otra calificada de orgánica basa la distinción en la naturaleza pública de uno de los contratantes, sosteniendo que el régimen jurídico resulta como consecuencia de las prerrogativas de Poder Público que posee la Administración Pública como sujeto contratante.

Ahora bien, el criterio orgánico fue prontamente desechado, por cuanto no basta la presencia de la Administración Pública para calificar un contrato como administrativo, ya que puede también utilizar otras especies del Derecho privado, incluso del Derecho internacional.

En tal sentido, en presencia de un contrato de la Administración Pública, la teoría defensora señala la necesidad de buscar el objeto, directo e inmediato por el cual es celebrado, y así el criterio de servicio público adquiere primacía, recobra su plena y absoluta vigencia (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 11 de junio de 1983, caso *Acción Comercial, S.A.).*

§899. Teoría negadora — Frente a la teoría defensora surge la teoría negadora de la sustantividad del contrato administrativo, cuyas posiciones van: desde quien lo desconoce (Pérez Luciani); pasando por quienes afirman que es una categoría jurídica superada (Brewer-Carías) o inútil (J. I. Hernández); a la que, sin dejar de reconocer el contrato administrativo propugna la necesidad de su exclusión del ámbito administrativo (J. Caballero Ortiz).

En efecto, dentro de las primeras elaboraciones doctrinales negadoras, Brewer Carías cuestiona el concepto mismo del contrato administrativo basado en la sola relación "contratos administrativos/régimen de derecho administrativo", que califica de absolutamente inadmisible.

El argumento principal consiste en afirmar que las actividades de la Administración estarían sujetas tanto al Derecho público como al Derecho privado en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades y naturaleza: por tanto, también los contratos que suscribe el Estado estarían siempre sometidos tanto al Derecho público como al Derecho privado. En conclusión, propone la tesis del régimen unitario al señalar que los contratos que suscribe el Estado pertenecerían a una sola categoría denominados: contratos del Estado, contratos estatales o más comúnmente contratos públicos.

En mérito a lo expuesto procede analizar si puede afirmarse o negarse con tal rotundidad la sustantividad del contrato administrativo y, por ende, su existencia con rango propio.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A. RÉGIMEN JURÍDICO-SUSTANTIVO

§900. Planteamiento — Lo primero que hay que señalar es que la construcción de los contratos de la Administración Pública debe realizarse desde la perspectiva constitucional que le asigna la misión de servir, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y con eficacia, los intereses generales. Para su cumplimiento ella acude al acto administrativo o al contrato buscando la colaboración de los sujetos privados.

Para el desarrollo del análisis seguiremos la metodología propuesta por la doctrina francesa cuando señala que el contrato administrativo tiene su origen en: (i) la calificación de la ley; o (ii) la calificación del juez.

I. CONTRATO ADMINISTRATIVO POR CALIFICACIÓN DE LA LEY

§901. Concepto — Es sabido que la calificación legal como criterio determinante del contrato administrativo surge cuando la norma de rango legal determina expresa o implícitamente que determinado contrato reviste carácter administrativo.

Los precedentes en nuestro Derecho positivo son los casos de los Arts. 65 de la LFSA. Asimismo Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 13 de agosto de 1976; y 42, num. 14 de la LOCSJ . Esta última le otorgó a la SPA/CSJ competencia para conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza con motivo de los contratos administrativos, y que dio lugar a una muy abundante jurisprudencia. Ambos se encuentran derogados.

No obstante, hoy día existe el Art. 3 de la LOREBSCAPH que dice expresamente: "Los contratos que hayan sido celebrados en la materia objeto de la presente reserva, se le reconoce como contratos administrativos".

Ahora bien, no hay duda de que las calificaciones legales son de carácter excepcional, pero también es cierto, como ya lo señalara el extraordinario fallo *Puerto La Guaira*, que la distinción en nuestro país se inició y cobró vigor y predominio -como también en el Derecho comparado -, "sin ninguna base legislativa especial previa".

II. CONTRATO ADMINISTRATIVO POR CALIFICACIÓN DEL JUEZ

§902. Planteamiento — En ausencia de una calificación legal expresa, le ha correspondido al juez la tarea de calificar el contrato administrativo en virtud de la aplicación de los criterios que son considerados, así: (i) un criterio orgánico que es obligatorio; y (ii) un criterio material que es alternativo.

a. *Criterios*

§903. Criterio orgánico — La jurisprudencia venezolana para calificar un contrato de administrativo, exige como requisito *sine qua non* la presencia al menos de una persona jurídica pública (Sent. de la CF, de fecha 12 de noviembre de 1954, GF Nº 6. 1954, pp. 190-192). En esa línea jurisprudencial, no será administrativo el contrato entre personas privadas, cualquiera que fuere la naturaleza de las cláusulas, incluso si el contrato se vincula a una misión de servicio público.

§904. Criterio alternativo — Junto a la exigencia de que uno de los sujetos sea siempre una persona jurídica pública –condición necesaria más no suficiente–, se agrega un criterio alternativo que debe tomarse en consideración sobre la naturaleza del: (i) objeto; (ii) las cláusulas exorbitantes; y (iii) régimen jurídico del contrato en cuestión. Veamos.

b. *Objeto del contrato*

§905. Plan — La doctrina y la jurisprudencia le han otorgado un lugar muy importante como criterio del contrato administrativo, el cual ha oscilado entre las nociones de: (i) el servicio público; y (ii) la utilidad pública o el interés general.

§906. Servicio público — La jurisprudencia califica reiteradamente de administrativo al contrato que tenga por objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público en el sentido más amplio de esta expresión. Así el contrato administrativo se definió atendiendo a la noción de servicio público en su acepción general, la cual sería equiparable a las expresiones jurisprudenciales: "*ejecución misma de un servicio público*", "*prestación de un servicio público*" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 26 de octubre de 1995), o en fin, la "*finalidad.... vinculada al servicio público*" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 29 de abril de 1998), entre otras, salvo el caso de los servicios públicos industriales y comerciales que son calificados como contratos de Derecho privado (Véase Sent. del TSJ/SPA (2220), de fecha 28 de noviembre de 2000).

§907. Utilidad pública o interés general — En una línea afín, la jurisprudencia acude también al criterio de la prestación de utilidad pública o de interés general como objeto del contrato administrativo, utilizando diversas expresiones jurisprudenciales: "prestación de utilidad pública... corrientemente continua y regular" (Véase Sent. de la CF, de fecha 12 de noviembre de 1954), "prestación de un servicio de utilidad pública" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de noviembre de 1987), "finalidad pública inminente" o "finalidad pública" a secas (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de julio de 1999 5 de agosto de 1999, y del TSJ/SPA, de fecha 27 de abril de 2000;

10 de octubre de 2000; 24 de enero de 2001; 13 de febrero de 2001; y 22 de enero de 2002), “actividad de interés general” (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2000), o en fin “tarea destinada a satisfacer un interés colectivo o general” (Véanse Sents. de la CSJ/SPA, de fechas 14 de julio de 1983, 11 de agosto de 1983; 1 de abril de 1986, y 19 de noviembre de 1986), entre otras.

La teoría negadora considera: en primer lugar que el criterio del servicio público es inadecuado por no existir acuerdo doctrinario acerca de los alcances y amplitud, o bien por la aparición de los denominados servicios públicos impropios o virtuales; en segundo lugar, sostiene que la circunstancia de que un contrato tenga por objeto una actividad de utilidad o de interés público, constituye un criterio tan amplio y hasta abstracto, que a lo que induce es a la imposibilidad de caracterizar el contrato administrativo.

§908. Examen de las teorías expuestas — Es verdad que los criterios mencionados ya sea para rechazar (teoría negadora) o afirmar (teoría defensora) la existencia del contrato administrativo presentan una gran amplitud, no solo por haberse sustentado en la noción de servicio público entendida en su más lato sentido (servicio al público), sino en los de utilidad pública o de interés general que ciertamente pueden encontrarse en cualquier contrato celebrado por la Administración Pública.

La enorme imprecisión con que se han manejado los criterios mencionados ha jugado desfavorablemente en su defensa que ha terminado por difuminar la figura, ya que la totalidad de los contratos celebrados por la Administración terminarían siendo calificados, paradójicamente, como administrativos. Tampoco es correcto identificar servicio público con cualquier actividad de utilidad o interés público, pues una cosa es el interés público y otra el servicio público. Si bien todo servicio público comporta una actividad de interés público, lo contrario no es cierto: no toda actividad de interés público puede considerarse servicio público.

Para superar las objeciones señaladas, la noción de servicio público debe despojarse de las exageraciones iniciales y construirse alrededor de los tres elementos modulares que la doctrina contemporánea menciona: (i) la titularidad administrativa o publificación; (ii) el interés público; y por último (iii) el régimen jurídico exorbitante, los cuales van a permitir deducir la existencia de la noción de servicio público *strictu sensu* (Tema 24).

Finalmente, si bien la noción de servicio público *strictu sensu* serviría para eliminar un gran número de contratos, observamos que tampoco todos los contratos que se relacionan con un servicio público son administrativos sobre

la base de la teoría del grado de colaboración; esto es, si y solo si el objeto del contrato tiene que ver con la ejecución misma del servicio público, directa o inmediata –y no con la satisfacción de las necesidades del servicio público– se tendría como administrativo (Chapus).

c. *Teoría de las cláusulas exorbitantes*

§909. Concepto — La insuficiencia que tendría la noción de servicio público –*lato sensu*– para configurar el criterio determinante del contrato administrativo provocó la corriente doctrinal que advirtió la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes al Derecho común, y donde a su vez creyó encontrar la calificación del contrato administrativo. Lo importante vendría a ser, ahora, la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes.

Pero ¿qué es lo que hay que interpretar como cláusula exorbitante? Ella ha sido descrita de una manera general como las que consagran en el convenio a favor –y aun en contra– de la Administración Pública un régimen excepcional por comparación al de Derecho privado (Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de junio de 1983).

§910. Origen — La teoría negadora sostiene que en su origen, la distinción tenía alguna importancia en orden a los poderes exorbitantes que podía ejercer la Administración Pública en la ejecución de los contratos administrativos, y que supuestamente no existirían en los contratos de Derecho privado.

De lo anterior se desprendería que los denominados contratos públicos, como cualquier otro contrato, se regirían básicamente por: (i) las cláusulas insertas en el contrato: (ii) las leyes especiales de obligatoria aplicación a los contratos del Estado: y por último (iii) el Código Civil siendo este de aplicación supletoria.

Por tanto, concluye, los poderes exorbitantes solo podrán ser ejercidos si los mismos están regulados en: (i) las cláusulas contractuales; o (ii) en una ley.

§911. Examen de las teorías expuestas — El criterio de las cláusulas contractuales resulta inadmisible, pues el contrato tendría distinta naturaleza según que las partes las inserten o no, lo que sería tanto como confundir causa con efecto; es decir, que las cláusulas exorbitantes aparecerían como consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato, lo cual no siempre acontece, por cuanto cabe la posibilidad de insertarlas aun en contratos que nada tienen de administrativos como lo habilita hoy día la propia LCP vigente, y que no los convierten de por sí en administrativos.

En el punto de que la competencia tenga que estar establecida en texto legal expreso, se estaría reduciendo el Derecho a la sola ley, y es sabido que esta no agota el Derecho, y siendo que el Derecho administrativo no está absolutamente codificado, dentro de sus fuentes están los principios generales del Derecho, los cuales también son aplicables al ejercicio de poderes exorbitantes dentro del contrato administrativo. En este sentido la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de agosto de 1998, caso *Consorcio Aeropuerto del Zulia, C.A.*) y doctrina señalan su carácter extracontractual, en cuanto que son consecuencia de la potestad de autotutela administrativa.

Por tanto, se concluye que los poderes exorbitantes no forman parte del contrato; se trata antes bien de poderes inherentes a la posición jurídica general de la Administración Pública que inciden externamente sobre la relación contractual.

d. *Régimen jurídico público*

§912. Noción — Finalmente, un contrato es administrativo al aplicar un tercer criterio jurisprudencial referido al carácter exorbitante o público del régimen jurídico que regula su celebración y ejecución.

Este criterio difiere desde el punto de vista del fondo con el criterio de la cláusula exorbitante. Mientras que esta sería interna al contrato y la expresión de la declaración de las partes, y el criterio de base es de orden subjetivo y voluntarista; por el contrario, el régimen jurídico público comprende la regulación impuesta desde el exterior por el Ordenamiento jurídico y no tiene nada que ver con la declaración de las partes, y el criterio de base es de orden objetivo. Y en este sentido no se debe confundir régimen jurídico público con cláusula exorbitante.

Es por ello que las cláusulas exorbitantes han sido subordinadas a un segundo plano, pues ellas son el efecto, la consecuencia, el derivado y de ninguna manera la causa o antecedente del servicio público *strictu sensu* objeto del contrato administrativo (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de julio de 1983).

§913. Examen de las teorías expuestas — Cuando la Administración Pública adopta el papel de parte contractual (criterio orgánico), la gestión misma del servicio público *strictu sensu* (criterio sustantivo) de realización directa e inmediata y con un grado de colaboración del particular (criterio sustantivo) es lo que introduce más intensamente el régimen jurídico público (criterio reductor) en la relación contractual de naturaleza administrativa, y donde la diferencia más notoria se encuentra en la etapa de ejecución: (i)

el ejercicio de las prerrogativas de Poder Público (rescisión; modificación; rescate o reversión administrativas, etc.); y (ii) la tutela de los derechos de las personas (el principio de equilibrio económico y las técnicas de garantía de compensación).

B. RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL

§914. Antecedentes — La doctrina se divide entre los que sostienen que ha sido una tradición constitucional –que se remonta a la C de 1925– otorgarle competencia al Máximo Tribunal para conocer de las controversias de los contratos administrativos ; y quienes señalan que ninguna referencia hacen las Constituciones, pues la regulación estaba referida a todo tipo de contratos.

Recordemos que la legalización del contrato administrativo se reafirmó con la promulgación de la LOCSJ (1976) y se mantuvo luego con la LOTSJ (2004), para desaparecer con la unificación jurisdiccional de todos los contratos celebrados por la Administración a raíz de la promulgación de la LOJCA (2010).

§915. Examen de las teorías expuestas — Con respecto a lo anterior, se sostiene que el criterio de la competencia jurisdiccional resulta inadecuado o en todo caso no ha sido ni es determinante sobre la calificación de una categoría jurídica, pues el eventual cambio de las normas procesales no provoca, por sí mismo, una mutación en el régimen jurídico sustantivo que rige las reglas de fondo que se pueden aplicar.

En el contrato administrativo, a diferencia del contrato de Derecho privado, la Administración Pública persigue la gestión misma de un servicio público, de realización directa e inmediata, que se incorpora al objeto del contrato proyectándose en su régimen jurídico público. Es esa finalidad pública (criterio sustantivo) y no la competencia jurisdiccional (criterio adjetivo) lo que a nuestra manera de ver las cosas, define y tipifica la teoría del contrato administrativo con rasgos peculiares.

En consecuencia, lo que caracteriza al contrato administrativo es precisamente un conjunto original de prerrogativas y sujeciones exorbitantes al Derecho común, inspiradas todas por los fines de interés general. De ahí que esté dotado de un régimen jurídico publico fundado en una distinta sustantividad jurídica que lo distingue de los demás contratos que celebra la Administración Pública; por tanto, al igual que en su país de origen (Francia), se mantiene como un núcleo duro de principios de la contratación administrativa (por ejemplo, no alterar la esencia del contrato, no afectar al equilibrio económico sin compensación, etc.) en el interés común de la Administración Pública y del contratista (Moderne).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III. *Acto y Contrato Administrativo,* Paredes Editores, Caracas, 2011; AA.VV. *Régimen jurídico de los contratos administrativos,* Ed. Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991; AA.VV., *Los Contratos Administrativos "Contratos del Estado",* VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan R. Brewer-Carías", 2 ts., FUNEDA, Caracas; A.A.V.V., *Ley de Contrataciones Públicas,* 2ª Ed. actualizada y aumentada Colección Textos Legislativos Nº 44, EJV, Caracas, 2009; AA.VV., *Comentarios al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas,* FUNEDA, Caracas, 2008; Badell Madrid, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo,* Caracas, 2001; Caballero Ortíz, J., "¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?", en *Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías,* Madrid, 2003; Cassagne, J. C., *El Contrato Administrativo,* 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009; Farías Mata, L.H., *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas,* Publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal, Caracas, 1968 y "La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas", en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet,* T. II, UCV, Caracas, 1981; González Pérez, J., *El Procedimiento Administrativo.* Ed. Abella, Madrid, 1964; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* XIV Ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013; Meilán Gil, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo,* IUSTEL, Madrid, 2011; Procuraduría General de la República, *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República,* Caracas, T. III, 1984; Richter, L., *Les contrats administratifs,* Col. Connaisance du Droit, Dalloz, París, 1991; Sayagués laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo,* 9ª Ed., Ed. Fundación de Cultura Universitaria, puesta al día a 2004, Montevideo, 2004; Tavares Duarte, F., *Actos Administrativos y Contratos de la Administración Pública: Teoría General de la Conexión,* EJV, Caracas, 2003.

Tema 21. Régimen Jurídico

SUMARIO: RÉGIMEN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: Libertad contractual. Potestades administrativas. RÉGIMEN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: Principio del equilibrio económico. Técnicas de garantía de compensación económica.

RÉGIMEN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

§916. Introducción — La Administración Pública propiamente tal cuando celebra un contrato administrativo cualquiera adopta el papel de parte contratante –que no particular– y, es precisamente su presencia y el servicio público *strictu sensu* envuelto, lo que introduce más intensamente que en otros contratos los elementos jurídico-administrativos en las relaciones contractuales celebradas por las Administraciones Públicas entre sí y con los particulares, y donde la diferencia más notoria es, por un lado, las diversas prerrogativas de Poder Público –en más y en menos– de la Administración Pública; y por el otro, las diferentes teorías del régimen de compensación económica a favor del contratista.

A. LIBERTAD CONTRACTUAL

§917. Planteamiento — Dentro de la etapa de formación, celebración y ejecución, el contrato administrativo se caracteriza por un conjunto de sujeciones y potestades administrativas que introduce su régimen jurídico público tanto en el principio de libertad contractual como en el principio de igualdad de las partes.

§918. Sujeciones — Las sujeciones a la libertad contractual de la Administración Pública surgen con relación a: (i) las reglas que regulan la capacidad de contratar; y (ii) la selección del contratista.

En efecto, los textos normativos determinan las autoridades competentes, según las diferentes personas públicas para celebrar los contratos administrativos, así como las reglas de forma y de procedimiento según las cuales la voluntad administrativa podrá ser manifestada.

§919. Potestades administrativas — Finalmente, en sus orígenes la celebración y ejecución de los contratos administrativos estuvo dominada por los principios generales establecidos por el Derecho privado, como ser la común intención de las partes o la fuerza obligatoria de los contratos que se admite en el Derecho administrativo, salvo el caso de fuerza mayor que tornaría

imposible la ejecución de las obligaciones. Sin embargo, esos principios son objeto de adaptación conforme a la noción de servicio público *strictu sensu*.

En efecto, por un lado, a la Administración Pública se le reconocen ciertas potestades administrativas que tienen su origen en las reglas generales que rigen la materia o de las cláusulas del contrato administrativo que comportan, pero a su vez una contrapartida como lo es la existencia del principio del equilibrio económico a favor del contratista.

B. POTESTADES ADMINISTRATIVAS

§920. Planteamiento — Dentro de los distintos aspectos del régimen jurídico de contratación, la doctrina menciona las diversas potestades administrativas que ostenta la Administración Pública, las cuales constituyen un derivado natural de las cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas y, por tanto, se entienden incorporadas –tácitamente– en todos los contratos administrativos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de agosto de 1998, caso *Consorcio Aeropuertos del Zulia, C.A.*).

§921. Potestad de dirección, suspensión y control — La Administración Pública dispone de una potestad administrativa de dirección, de suspensión y control sobre la ejecución del contrato administrativo. Estas potestades son particularmente remarcables, pues se traducen en la competencia de dar órdenes e instrucciones de servicio al contratista en cuanto a la forma y modalidades de ejecución de la prestación, de suspender la ejecución, y la realización de inspecciones y fiscalización por parte de la Administración Pública.

§922. Potestad de modificación (*potestas variandi*) — La Administración Pública también dispone de la potestad administrativa que le permite modificar, de forma unilateral, dentro de ciertos límites, y en función del interés general, las obligaciones previstas a cargo del contratista. Si bien su origen se remonta a una jurisprudencia muy antigua en materia de servicios públicos (Véanse Sents. caso *Puerto La Guaira*; y de la CSJ/SPA, de fecha 27 de enero de 1993), y objeto de críticas por la doctrina, ha sido ratificada por jurisprudencia más reciente (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 27 de enero de 1993), y receptada en el Derecho positivo (Art. 106 de la LCP).

Ahora bien, la potestad administrativa de modificación unilateral se funda en el principio de continuidad y el de adaptación del servicio público *strictu sensu*, pero contiene ciertas limitaciones puesto que su ejecución sólo procede frente a las cláusulas referidas tanto a la organización como el funcionamiento del servicio público, y en ningún caso frente a las cláusulas concernientes a los beneficios económicos del contratista.

§923. Potestad de interpretación — Asimismo, la Administración Pública tiene la potestad administrativa de interpretar unilateralmente los contratos administrativos mediante actos administrativos, que constituye uno de los efectos más genuinos y característicos de dichos contratos (Véase Sent. de la CFC, de fecha 12 de noviembre de 1954, caso *Machado Machado*), y que encuentra justificación en el principio de continuidad de la prestación del servicio público.

§924. Potestad sancionatoria — La potestad administrativa sancionatoria es bien característica y la Administración Pública no puede renunciar a ella. Se ejerce en caso de falta durante la ejecución (retardo, mala ejecución, etc.) del contrato administrativo, pero solo una vez que ha sido advertido el contratista.

Así las cosas, el ejercicio de la potestad sancionatoria podrá ejercerse de pleno derecho y de manera unilateral, respetando las formalidades del procedimiento administrativo debido, sin que proceda constatación previa de la falta por parte de juez alguno.

§925. Potestad extintiva — Por último, además de la potestad rescisoria, se reconoce a favor de la Administración Pública la potestad revocatoria. En efecto, ella puede unilateralmente decidir resolver el contrato administrativo en todo momento en interés del servicio (Véase CE, de fecha 2 de mayo de 1958, fallo *Destilería de Magnac-Larral)*, o por un motivo de interés general (Véase CE, de fecha 2 de febrero de 1987, fallo *Sociedad TVG*; asimismo en nuestro pais (Sent. de la CFC, de fecha 12 de noviembre de 1954, caso *Machado Machado*), o de orden público (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de noviembre de 1992).

RÉGIMEN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

A. PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

§926. Planteamiento — La ejecución del contrato administrativo que generalmente tiene un plazo sumamente largo, se puede ver afectada por una infinidad de circunstancias que interfieren en el equilibrio de la ecuación económica. De ahí que un aspecto fundamental concierne al respeto de las bases de lo acordado o principio del equilibrio económico o de la ecuación financiera del contrato administrativo.

En efecto, del hecho de la existencia dentro del contrato administrativo de ciertos factores de mutabilidad, de manera particular derivados del ejercicio de las potestades administrativas que inciden en la ejecución del contrato

administrativo, el contratista se encuentra expuesto, mucho más que en los contratos entre sujetos privados, al ver su situación agravada sin su causa.

§927. Concepto — El equilibrio económico es una relación establecida entre lo pactado por las partes contratantes, entre un conjunto de derechos y obligaciones considerados equivalentes; de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-equilibrio); esta última no puede ser alterada (lo que equivale a una equivalencia honesta entre lo que se otorga y lo que se exige) y esto es esencial a la teoría general del contrato administrativo.

§928. Plan — Es necesario precisar las condiciones rigurosas de la aplicación del principio del equilibrio económico que, como sabemos, no tiene carácter automático y son: (i) situación directa y particular; (ii) situación extraordinaria o anormal; (iii) situación imprevisible; (iv) daño cierto y especial; y (v) álea anormal.

§929. Situación directa y particular — El perjuicio o daño ha de ser el resultado de una situación directa y particular o diferencial del contratista, es decir, no debe tratarse de consecuencias que lo afecten de manera refleja, de la misma manera que al resto de las personas que se hallan en la misma situación general, o sea, como constructor, comerciante, industrial, etc.

Por ejemplo, cuando las consecuencias de la intervención de la autoridad administrativa contratante, realizadas bajo la forma de medidas que tengan por consecuencia afectar alguna condición que pueda considerarse fue esencial, determinante en la evaluación de los términos de la contratación y que, en ese sentido, fue decisiva para el contratista, pueden servir de base para que este reclame la compensación económica correspondiente.

§930. Situación extraordinaria o anormal — Debe de haber ocasionado no cualquier daño, sino que es indispensable una alteración sustancial, debido a una situación extraordinaria o anormal en la ecuación económica del contrato administrativo, puesto que los perjuicios comunes u ordinarios que constituyen el riesgo normal de todo negocio, no pueden dar lugar a compensación económica.

Se trata, pues, de un perjuicio real, cierto, sustancial al contratista, que este no haya podido prever, que perjudica de manera anormal su ecuación económica y –de manera acumulativa– torne excesivamente más onerosas las condiciones de ejecución del respectivo contrato administrativo.

En consecuencia, las ganancias o utilidades dejadas de percibir no están cubiertas; la mera disminución de las ganancias no justifica su compensación, pues ello no constituye un riesgo extraordinario. Es por ello que el

principio del equilibrio económico no debe confundirse con una garantía de resultados económicos.

§931. Situación imprevisible — La causa de la ruptura de la ecuación económica ha de ser una situación que el contratista no haya podido prever, ya que si hubiera podido proveerlo, debía haberlo hecho y tenerlo en cuenta, salvo el caso de revisión de precios.

§932. Daño cierto y especial — El perjuicio o daño causado debe ser cierto y especial; no se tomarán en cuenta disposiciones que tienen un carácter absolutamente general, que afectan con carácter general a todos, cuyas consecuencias pueden ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad, pues de otro modo librar de ellas al contratista será un privilegio en relación con los demás particulares y, en consecuencia, inconstitucional.

§933. Álea anormal — Por último, en todo contrato administrativo corresponde distinguir entre el "álea" o riesgo normal que asume el concesionario y el "álea" o riesgo anormal. El primero es a exclusivo cargo del contratista, no así el segundo. Si el contratista se equivocó en sus cálculos y obtiene pérdidas es evidente que no hay compensación económica.

B. TÉCNICAS DE GARANTÍA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA

§934. Plan — Para garantizar el principio del equilibrio económico como núcleo de la contratación administrativa, la doctrina reconoce básicamente cuatro (4) técnicas de garantía de compensación económica de los desequilibrios en la ejecución del contrato administrativo, así: (i) la compensación por el empleo de la *potestas variandi*; (ii) la teoría del hecho del príncipe; (iii) la teoría de la imprevisión y por último, (iv) la revisión de precios.

§935. Teoría de la *potestas variandi* — Si de conformidad con el Art. 106 de la LCP, el órgano o ente contratante, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introduce las modificaciones, de forma unilateral, que estime necesarias, procederá a reconocer y pagar íntegramente las modificaciones o cambios cuando los haya autorizado (Art. 107 de la LCP).

§936. Teoría del hecho del príncipe — La teoría del hecho del príncipe –denominación histórica o tradicional para designar un hecho del Estado- hace referencia a cualquier medida de carácter general de índole económica que tome la propia autoridad administrativa contratante fuera del ejercicio de la potestad modificatoria (*alea* administrativa) que repercuta sobre el contrato y llegue a agravar la situación del contratista. A pesar del nuevo obstáculo que hace más difícil u oneroso el cumplimiento de las obligaciones, el principio

de la continuidad del servicio público obliga al contratista a proseguir el cumplimiento del servicio público, teniendo en todo caso el derecho a que la Administración Pública contratante restablezca el equilibrio económico y lo compense económica y totalmente por el perjuicio que le ha podido causar con la medida de carácter general que ha tomado.

§937. Teoría de la imprevisión — El origen de la teoría de la imprevisión fue el fallo del Consejo de Estado francés *Compañía General de Iluminación de Burdeos* (CE, de fecha 30 de marzo de 1916), sobre la base de tres (3) reglas: (i) el carácter imprevisible y extraordinario, pues es necesario que se esté en presencia de elementos anormalmente extraños o ajenos a la voluntad de las partes y que la economía del contrato se encuentre absolutamente trastornada (*alea* económica); (ii) la imprevisión no dispensa al contratista de sus obligaciones, pues sigue obligado a que el servicio público funcione de manera continua; y por último (iii) justamente por cuanto se exige la continuidad del servicio público en condiciones anormales es que surge la tercera regla consistente en el derecho del contratista a una ayuda económica (indemnización de imprevisión), no por la falta de ganancia sino para cubrir las pérdidas sufridas y que le permita continuar con la ejecución del contrato.

Finalmente, el hecho imprevisible tiende a desaparecer con el transcurso del tiempo de dos maneras: (i) el hecho imprevisible se transforma en una imposibilidad radical y absoluta, entonces funciona la teoría de la fuerza mayor; y (ii) el hecho imprevisible desaparece entonces cesa la indemnización de imprevisión.

§938. Revisión de precios — Por último, de acuerdo con el Art. 110 de la LCP, se regula régimen de mayores costos, esto es, todas las variaciones de precios –excesivos o no– que hayan afectado realmente el valor de los bienes y servicios suministrados u obra contratada, sin que se exija la imprevisibilidad, y debidamente aprobada por el órgano o ente contratante, se reconocerán y pagarán íntegramente al contratista de acuerdo con los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines, entre los cuales se señalan el calculado con base en las variaciones de índices incluidos en fórmulas polinómicas o el de comprobación directa.

§939. Conclusión — La teoría del contrato administrativo revela la pertinencia conceptual y la utilidad práctica evidente no solo con respecto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, sino a la presencia de un régimen jurídico-público mucho más idóneo para asegurar la prevalencia del interés público como la efectiva protección de los derechos del contratista.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Badell Madrid, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001; Brewer-Carías, A. R., Contratos Administrativos, EJV, Caracas, 1992 y "Sobre los contratos del Estado en Venezuela" en *Derecho Administrativo Internacional, Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza,* (Coord.) Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Mendoza, Septiembre de 2010, p. 651; Farías Mata, L. E., *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*, Caracas, 1968; Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013; Rodríguez, A., "Ejecución del contrato administrativo: Potestades de la Administración y Derechos de los Contratistas", en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, FPGR, Caracas, 1991; Sayagués laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª Ed. puesta al día, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Tema 22. Selección del Contratista

Sumario: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL: Noción. Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de la LCP. MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA: Concurso abierto. Concurso cerrado. Consulta de precios. Contratación directa. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA: Iniciación. Instrucción. Terminación. Eficacia.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL

A. NOCIÓN

§940. Planteamiento — La libertad contractual y el consensualismo constituyen, cada uno sobre un plano distinto, las dos expresiones formales de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Por el contrario, la adecuación obligatoria de la voluntad administrativa contractual a la ley, comporta necesariamente el recurso a medios también objetivamente definidos y, por tanto, predeterminados. Esos medios no son otros que las formalidades y los trámites previos a las distintas formas jurídicas de la función administrativa, y en este caso al sistema de selección del contratista.

§941. Importancia — El análisis del procedimiento administrativo en la estructura del contrato en la función administrativa es absolutamente natural y necesario, teniendo en cuenta que uno de los sujetos de la relación jurídica contractual es siempre una Administración Pública.

§942. Plan — Veamos en un análisis jurídico las notas integrantes del concepto y de la especificidad como tipo o técnica procedimental de la actividad de contratación de la Administración Pública, así: (i) el procedimiento administrativo; (ii) el carácter especial; y (iii) la voluntad administrativa contractual.

§943. Procedimiento administrativo — El procedimiento administrativo de contratación –cualquiera que fueren las modalidades para la selección regulado por el Ordenamiento jurídico-administrativo: licitación pública, licitación selectiva, adjudicación directa, subasta o remate público, concurso público, etc.–, es el resultado de varios actos jurídicos, que son la expresión concreta de un procedimiento administrativo que prepara y gesta un contrato –de cualquier naturaleza– de la Administración Pública.

§944. Procedimiento administrativo especial — Siendo el procedimiento administrativo cauce formal de la función administrativa, su objeto será el de la concreta función que en el mismo se realice. Desde este punto de vista formal, puede hablarse de que cada procedimiento administrativo tendrá un

objeto específico determinado por la naturaleza del mismo, y en este caso es el de selección del contratista.

§945. Voluntad administrativa contractual — Esta nota jurídica común es la que le da especificidad respecto del procedimiento administrativo de contratación; es la parte del Derecho administrativo formal que versa sobre las reglas y principios jurídicos que rigen la formación y ejecución de la voluntad administrativa contractual.

Asimismo, con relación a las personas, el procedimiento administrativo contractual constituye una garantía que, sobre la base de los principios de imparcialidad, igualdad y libre concurrencia, hace real y efectiva la colaboración voluntaria de las personas.

B. LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

I. RÉGIMEN GENERAL

§946. Codificación — El Derecho positivo ha pretendido codificar siquiera de manera parcial el sistema de selección de contratistas ya mediante Instructivos (1976), Decretos (1977) o finalmente leyes y sucesivas reformas. En este último sentido, recientemente se dictó la LCP y su respectivo RLCP, cuyo análisis ya ha sido ampliamente abordado ampliamente por la doctrina.

Es por ello bien sabido que la celebración de los contratos de cualquier naturaleza por la Administración Pública está precedida de un sistema de selección específico que, además de constituir un requisito legal para la formación de la voluntad administrativa contractual, va a servir para seleccionar a los contratistas.

En consecuencia, el sistema de selección formativo del acuerdo de voluntades es de gran importancia, y en esencia es semejante para el contrato de cualquier naturaleza que celebre la Administración Pública, aunque puede variar en su forma, dependiendo de la normativa que lo regule.

§947. Sistema de selección restringida — Por el contrario, el sistema de selección restringida o vinculada limita la libertad de elección de la Administración Pública para seleccionar a su contratista y debe ser realizado a través de un procedimiento administrativo especial. Se trata de un sistema de selección que constituye una excepción al sistema de selección libre, puesto que solo es obligatorio cuando el Ordenamiento jurídico lo establece.

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS

§948. Plan — La nueva normativa está dirigida a dar mayor agilidad al régimen jurídico de participación al sistema de selección de contratistas, preservando los principios jurídicos que consagra el Art. 2 de la LCP, así: (i) economía; (ii) planificación; (iii) transparencia, (iv) honestidad, (v) eficiencia, (vi) igualdad; (vii) competencia, (viii) publicidad; y por último (ix) participación popular.

§949. Principio de la libre concurrencia — El principio de la competencia, de concurrencia o más propiamente de la libre concurrencia, que consagra el Art. 2 de la LCP, asegura la participación libre de un mayor número de interesados, lo cual le va a permitir tener una más amplia selección y estar en mejor posibilidad de obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

§950. Principio de igualdad — El principio de igualdad constituye otro de los principios importantes del sistema de selección del contratista, pues con base en él se asienta la igualdad ante la ley que consagra la Constitución.

En este caso, la igualdad se manifiesta en el sentido de que solo es posible una real confrontación entre los participantes u oferentes cuando estos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin que existan discriminaciones de hecho o de derecho que favorezcan a unos en perjuicio de otros.

§951. Principio de publicidad — El principio de publicidad o transparencia implica la posibilidad de que los actos se realicen en forma pública y transparente, así como la posibilidad de que los interesados conozcan ~~de~~ todo lo relativo acerca del procedimiento administrativo de contratación correspondiente, desde el llamado a participar pasando por todos los actos de instrucción hasta su terminación.

§952. Principio de contradicción — Si bien el principio de contradicción u oposición no aparece mencionado en el Art. 2 de la LCP, es una manifestación del principio del proceso debido o prohibición de indefensión consagrado en el Art. 49 de la C, el cual implica la presencia de intereses contrapuestos de los oferentes o participantes y, por ende, su intervención real en las controversias de tales intereses, facultándoseles para impugnar las propuestas de los demás oferentes o participantes y, a su vez, para defender la propia de las impugnaciones de los demás.

§953. Otros principios — Finalmente, el Art. 2 de la LCP menciona otros principios no menos importantes como son los de economía, planificación, honestidad, eficiencia, y participación popular; los cuales han sido estudia-

dos con carácter general al estudiar el procedimiento administrativo, y que por ser tales le son aplicables al procedimiento administrativo contractual (Araujo-Juárez).

C. ÁMBITO DE LA LCP

§954. Planteamiento — El sistema de selección del contratista por la Administración Pública se realiza por alguna de las formas, modalidades, tipos o en fin procedimientos administrativos contractuales regulados por el Ordenamiento jurídico. En nuestro Derecho positivo, la LCP constituye, hoy día, el cuerpo normativo destinado a regular, principalmente, el procedimiento de selección de contratistas, cuyos antecedentes han sido ampliamente estudiados por la doctrina nacional (Brewer-Carías, Badell Madrid).

§955. Ámbito subjetivo — Por lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación de la LCO, la doctrina ha hecho referencia a la defectuosa redacción de quienes conformarían el ámbito subjetivo de aplicación de la LPC, esto es, de los órganos o entes contratantes (Art. 3, nums. 1 a 7 de la LCP), que comprenden, fundamentalmente, todos los órganos y entes del Poder Público nacional, estadal y municipal, así como los consejos comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos.

§956. Ámbito sustantivo — En lo concerniente al ámbito sustantivo de aplicación de la LCP, solo las tres (3) categorías de contratos mencionados en el Art. 1 de la LCP quedan sujetas a las disposiciones de la LCP: (i) la adquisición de bienes; (ii) la prestación de servicios; y por último (iii) la ejecución de obras.

Por tanto, se excluyen los contratos que se encuentran sometidos a la LPIPRC; los contratos celebrados en el marco de la cooperación internacional y los contratos ejecutados por empresas mixtas en el marco de la cooperación internacional de acuerdo con el Art. 4 de la LCP; los contratos mencionados en el Art. 5 de la LCP y, finalmente, tampoco queda sujeto a la LCP un amplio número de categorías de contratos o convenios donde predominan las disposiciones de Derecho público, de Derecho social y de Derecho privado.

MODALIDADES DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

§957. Plan — En el ámbito formal, la LCP distingue al efecto, atendiendo al monto o a las características o circunstancias en las cuales vaya a efectuarse la contratación de los bienes, obras o servicios, las modalidades de procedimientos administrativos contractuales siguientes: (i) el Concurso Abierto; (ii) el Concurso Cerrado; (iii) la Consulta de Precios y por último (iv) la Contratación Directa.

A. CONCURSO ABIERTO

§958. Concepto — El Concurso Abierto –equivalente a la licitación pública en la legislación derogada– se encuentra regulado en los Arts. 55 a 60 de la LCP, y consiste en la modalidad de selección pública de contratistas en el cual todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se encuentren interesadas en participar (Art. 6, num. 12 de la LCP), y que cumplan con todos los requisitos establecidos en la regulación, podrán presentar sus manifestaciones de voluntad, conjuntamente con los documentos que demuestren que califican para contratar con la Administración Pública, acompañados de la respectiva oferta.

§959. Supuestos — Según el Art. 55 de la LCP, el Concurso Abierto y el Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente procederán en los supuestos siguientes:

- En el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a veinte mil unidades tributarias (20.000 U.T.) (num. 1).
- En el caso de construcción de obras, si el contrato a ser otorgado es por un monto estimado superior a cincuenta mil unidades tributarias (50.000 U.T. (num. 2).

B. CONCURSO CERRADO

§960. Concepto — El Concurso Cerrado –figura equivalente a la licitación selectiva en la legislación derogada– es la modalidad de selección de contratistas en la que intervienen como oferentes solo las personas expresamente invitadas. Es una invitación a formular ofertas dirigidas a personas determinadas para cada caso.

Por su parte, el Art. 6, num. 13 de la LCP define el Concurso Cerrado como la modalidad de selección del contratista en la que al menos cinco (5) participantes son invitados de manera particular a presentar ofertas por el órgano o ente contratante, con base en su capacidad técnica, financiera y legal.

§961. Requisitos — De acuerdo con el Art. 63 de la LCP, en este mecanismo deben seleccionarse a presentar ofertas al menos cinco (5) participantes, mediante invitación acompañada del pliego de condiciones, e indicando el lugar, día y hora de los actos públicos de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas.

La selección debe estar fundada en los requisitos de experiencia, especialización y capacidad técnica y financiera, que sean considerados a tal fin.

§962. Supuestos — Los supuestos donde puede procederse por Concurso Cerrado son los siguientes:

- En el caso de la adquisición de bienes o prestación de servicios, si el contrato que va a ser otorgado es por un precio estimado superior a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.) y hasta veinte mil unidades tributarias (20.000 U.T.) (num. 1).
- En el caso de construcción de obras, si el contrato que va a ser otorgado es por un precio estimado superior a veinte mil unidades tributarias (20.000 UT) y hasta cincuenta mil unidades tributarias (50.000 U.T. (num. 2).

§963. Circunstancias especiales — Puede, también, procederse por Concurso Cerrado, independientemente del monto de la contratación, cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado que lo justifique, en los casos siguientes (Art. 62 de la LCP):

- Si se trata de la adquisición de equipos altamente especializados destinados a la experimentación, investigación y educación (num. 1).
- Por razones de seguridad de Estado, calificadas como tales, conforme a lo previsto en la disposición legal que regule la materia (num. 2).
- Cuando de la información verificada en los archivos o base de datos suministrados por el Registro Nacional de Contratistas, los bienes a adquirir los producen o venden cinco (5) o menos fabricantes o proveedores, o si solo cinco (5) o menos industrias están en capacidad de ejecutar las obras o prestar los servicios que se quieren contratar.

C. CONSULTA DE PRECIOS

§964. Concepto — La Consulta de Precios es la modalidad de selección de contratistas en la que, de manera documentada, se consultan precios a por los menos tres (3) proveedores de bienes, ejecutores de obras o prestadores de servicios (Art. 6, num. 14 de la LCP).

§965. Supuestos — Se puede proceder por Consulta de Precios en los supuestos siguientes (Art. 73 de la LCP):

- En el caso de adquisición de bienes o prestación de servicios, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.) (num. 1).
- En el caso de ejecución de obras, si el contrato a ser otorgado es por un precio estimado de hasta veinte mil unidades tributarias (20.000 UT.) (num. 2).

§966. Perentoriedad — Adicionalmente, según el Art. 73 de la LCP dispone que se podrá proceder por Consulta de Precios, independientemente del monto de la contratación, en caso de obras, servicios o adquisiciones de bienes que, por razones de interés general, deban ser contratados y ejecutados

en un plazo perentorio que se determinará de acuerdo con la naturaleza del plan excepcional aprobado por el Ejecutivo Nacional.

En aquellos casos que los Planes Excepcionales sean propuestos por los órganos de la Administración Pública nacional, deberán contar con la revisión previa de la Comisión Central de Planificación, antes de ser sometidos a consideración del Ejecutivo Nacional.

§967. Solicitud de cotizaciones u ofertas — De acuerdo con el Art. 74 de la LCP, en la Consulta de Precios se deberán solicitar al menos tres (3) ofertas o cotizaciones; sin embargo, se podrá otorgarse la adjudicación si se hubiere recibido, al menos, una de ellas, siempre que cumpla con las condiciones del requerimiento y sea conveniente a los intereses del órgano o ente contratante.

§968. Informe de recomendación — En la Consulta de Precios la unidad contratante será la responsable de la solicitud de ofertas, análisis y preparación del informe de recomendación, para procedimientos cuyo monto estimado sea hasta de dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 UT.) para bienes y servicios, y de hasta diez mil unidades tributarias (10.000 UT.) para ejecución de obras (Art. 75 de la LCP).

D. CONTRATACIÓN DIRECTA

§969. Concepto — La Contratación Directa es el procedimiento administrativo contractual por el cual la Administración Pública elige directamente al contratista, sin concurrencia u oposición de oferentes (Véase Sent. Nº 2895 del TSJ/SPA, de fecha 20 de diciembre de 2002, RDP Nº 108, p. 170), de la misma forma que entre particulares.

Por su parte, el Art. 6, num. 15 de la LCP define la Contratación Directa como la modalidad excepcional de adjudicación que realiza el órgano o ente contratante, la cual podrá realizarse de conformidad con la LCP y su reglamento.

§970. Supuestos — El Art. 76 de la LCP dispone que se podrá proceder excepcionalmente a la Contratación Directa:

- Con independencia del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los supuestos señalados en los numerales 1 al 12 del Art. 76 de la LCP.
- Asimismo se dispone que se procederá excepcionalmente por Contratación Directa sin acto motivado, previa aprobación de la máxima autoridad del Ministerio competente en los casos señalados en los numerales 1 al 3 del Art. 77 de la LCP.

§971. Emergencia comprobada — Finalmente, el Art. 78 de la LCP dispone que la emergencia comprobada deberá ser específica e individualmente considerada para cada contratación, por lo que deberá limitarse al tiempo y objeto estrictamente necesario para corregir, impedir o limitar los efectos del daño grave en que se basa la calificación y su empleo será solo para atender las áreas estrictamente afectadas por los hechos o circunstancias que la generaron, y deberá ser participada al Servicio Nacional de Contrataciones dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, anexando toda la documentación en la que se fundamenta la decisión.

Los órganos o entes contratantes deberán preparar y remitir mensualmente, al órgano de control interno, una relación detallada de las decisiones de contratación fundamentadas en emergencia comprobada, anexando los actos motivados, con la finalidad de que determine si la emergencia fue declarada justificadamente o si fue causada o agravada por la negligencia, imprudencia, impericia, imprevisión o inobservancia de normas por parte del funcionario del órgano o ente contratante, en cuyo caso se procederá a instruir el procedimiento para determinar las responsabilidades administrativas a que haya lugar.

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

§972. Plan — El procedimiento de selección del contratista está integrado por un conjunto de actos preparatorios de formación de la voluntad administrativa contractual, que conforman individualmente las fases o etapas siguientes: (i) la iniciación; (ii) la instrucción; y por último (iii) la terminación, todas dirigidas a la producción de un resultado jurídico único: la selección del contratista (Araujo-Juárez).

A. INICIACIÓN

I. PRELIMINAR

§973. Actividades — En la etapa de las actividades preparatorias, la cual es común a todas las modalidades de procedimiento administrativo contractual, la Administración Pública debe cumplir de modo preliminar los presupuestos que hacen posible jurídicamente la manifestación de voluntad administrativa contractual.

En esta etapa la Administración Pública resuelve contratar, a cuyo efecto elabora, entre otras actividades, los estudios de factibilidad –legal, técnica y económica–, la imputación presupuestaria y el pliego de condiciones y demás

actividades mencionadas en el Art. 7 del RLCP que garanticen una adecuada selección, además de preparar el presupuesto base, indicado en la LCP.

II. PLIEGO DE CONDICIONES

§974. Concepto — El pliego de condiciones es la formulación unilateral del conjunto de reglas, condiciones y criterios objetivos aplicables a cada contratación que regulan tanto el procedimiento administrativo de contratación como el contrato propiamente dicho. En tal sentido la doctrina nacional insiste sobre la gran importancia que tienen como instrumentos que: por una parte disciplinan y rigen el sistema de selección de contratistas; y por la otra establecen los criterios para lograr una selección fundad sobre bases objetivas y transparentes.

En este sentido, el Art. 6, num. 6 de la LCP define el pliego de condiciones como el documento donde se establecen las reglas básicas, especificaciones o requisitos objetivos de posible verificación y revisión, que rigen para las modalidades de selección de contratistas establecidas en la LCP.

§975. Registro — El órgano o ente contratante debe llevar un registro de adquirentes del pliego de condiciones en el que se consignarán los datos mínimos para efectuar las notificaciones que sean necesarias en el procedimiento administrativo contractual. El hecho de que una persona no adquiera el pliego de condiciones para esta modalidad, no le impedirá la presentación de la manifestación de voluntad y oferta.

§976. Contenido — El pliego de condiciones debe contener, al menos, determinación clara y precisa de los requisitos mínimos establecidos en el Art. 44, nums. 1 al 19 de la LCP.

§977. Modificabilidad — De acuerdo con el Art. 46 de la LCP, el órgano o ente contratante solo puede introducir modificaciones al pliego de condiciones hasta dos (2) días hábiles antes de la fecha límite para la presentación de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, notificando las modificaciones a todos los participantes que hayan adquirido el pliego de condiciones.

Sin embargo, el órgano o ente contratante puede prorrogar el lapso originalmente establecido para la preparación de manifestaciones de voluntad u ofertas a partir de la última notificación.

III. REUNIONES ACLARATORIAS

§978. Derecho de aclaratoria — De conformidad con el Art. 47 de la LCP, cualquier participante tiene derecho subjetivo a solicitar, por escrito, aclara-

torias del pliego de condiciones dentro del plazo en él establecido. Las solicitudes de aclaratoria deben ser respondidas, por escrito, a cada participante con un resumen de la aclaratoria formulada sin indicar su origen.

Las respuestas a las aclaratorias deben ser recibidas por todos los participantes con, al menos, un (1) día hábil de anticipación a la fecha fijada para que tenga lugar el acto de entrega de manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso. Las respuestas a las aclaratorias pasarán a formar parte integrante del pliego de condiciones y tendrán su mismo valor.

§979. Plazo de aclaratoria — Finalmente, según el Art. 48 de la LCP, el lapso para solicitar aclaratorias en el Concurso Abierto y en el Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente será de, al menos, tres (3) días hábiles; dos (2) días hábiles en el Concurso Cerrado y un (1) día hábil para Consulta de Precios. Dichos lapsos se deben contar desde la fecha a partir de la cual el pliego de condiciones esté disponible a los interesados.

B. INSTRUCCIÓN

§980. Planteamiento — La etapa de instrucción comprende el procedimiento administrativo contractual propiamente dicho, donde se realizan los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad administrativa contractual del órgano o ente contratante y la voluntad del contratista. La misma estará a cargo de las Comisiones de Contrataciones.

I. SUJETOS

§981. Comisión de Contrataciones — De conformidad con el Art. 10 de la LCP, en los órganos o entes contratantes, excepto en los Consejos Comunales, debe constituirse una o varias Comisiones de Contrataciones, atendiendo a la cantidad y complejidad de las obras a ejecutar, la adquisición de bienes y la prestación de servicios. Estarán integradas por un número impar de miembros principales con sus respectivos suplentes de calificada competencia profesional y reconocida honestidad, designados por la máxima autoridad del órgano o ente contratante, de forma temporal o permanente, preferentemente entre sus empleados o funcionarios, quienes serán solidariamente responsables, con la máxima autoridad, por las recomendaciones que se presenten y sean aprobadas.

Por último, en las Comisiones de Contrataciones estarán representadas las áreas jurídica, técnica y económico financiera; e igualmente se designará un secretario con derecho a voz, mas no a voto.

§982. Interesados — En principio, pueden participar, en el Concurso Abierto, todas las personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, siempre

que encuadren dentro de las disposiciones que regulen la contratación pública, esto es, la LCP, su reglamento y las condiciones particulares inherentes al pliego de condiciones.

§983. Categorías — De acuerdo con los distintos momentos de intervención del interesado, éste tendrá las denominaciones siguientes: (i) participante; y (ii) oferente.

§984. Participante — Es cualquier persona natural o jurídica que haya adquirido el pliego de condiciones para participar en un Concurso Abierto o un Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente, o que haya sido invitado a presentar oferta en un Concurso Cerrado o Consulta de Precios (Art. 6, num. 3 de la LCP).

§985. Oferente— Es la persona natural o jurídica que ha presentado una manifestación de voluntad de participar una oferta, en alguna de las modalidades previstas en la LCP (Art. 6, num. 10).

II. REGISTRO PREVIO

§986. Inscripción — Para presentar ofertas en todas las modalidades regidas por la LCP, cuyo monto estimado sea superior a cuatro mil Unidades Tributarias (4.000 U.T.) para bienes y servicios, y cinco mil Unidades Tributarias (5.000 U.T.) para ejecución de obras, los interesados deben estar inscritos en el Registro Nacional de Contratistas, de conformidad con el Art. 29 de la LCP.

La inscripción en el Registro Nacional de Contratistas no será necesaria para aquellos interesados en participar en la modalidad de Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente; así como tampoco para los que presten servicios altamente especializados de uso esporádico; pequeños productores de alimentos o productos básicos declarados como de primera necesidad.

III. INICIO: LLAMADO A PARTICIPAR

§987. Concepto — Una vez aprobado el pliego de condiciones, por la autoridad competente, el Concurso Abierto se inicia por parte del órgano o ente contratante de oficio con el acto administrativo de invitación formal a todos los interesados que cumplan los requisitos objetivos y subjetivos requeridos por la normativa jurídica, a presentar su oferta a través del llamado a participar. Se trata de un pedido o demanda de ofertas a los eventuales interesados.

§988. Publicación — El Art. 57 de la LOC consagra que las publicaciones del llamado a Concurso Abierto se realizarán durante dos (2) días continuos, en uno de los diarios de mayor circulación nacional y uno de la localidad donde se vaya a suministrar el bien o servicio, o ejecutar la obra. Adicionalmente, se

divulgará el llamado a través de su portal *web* oficial así como de diferentes medios alternativos de difusión.

§989. Contenido — Los requisitos que el llamado a participar debe contener en el Concurso Abierto son los siguientes (Art. 58 de la LCP):

- El objeto de la participación (num. 1).
- La identificación del órgano o ente contratante (num. 2).
- La dirección, dependencia, fecha a partir de la cual estará disponible el pliego de condiciones, horario, requisitos para su obtención y su costo si fuere el caso (num. 3).
- El sitio, día, hora de inicio del acto público, o plazo, en que se recibirán las manifestaciones de voluntad de participar en la contratación y documentos para la calificación (num. 4).
- El mecanismo a utilizar en el procedimiento de Concurso Abierto (num. 5).
- Las demás que se requieran (num. 6).

IV. OFERTAS

§990. Concepto — El Art. 6, num. 9 de la LCP define la oferta como aquella propuesta que ha sido presentada por una persona natural o jurídica, cumpliendo con los recaudos exigidos para la contratación respectiva.

El acto de presentación de una oferta es una declaración de voluntad del oferente dirigida a producir un doble efecto: (i) que le admitan en el procedimiento administrativo de selección convocado por el órgano o ente contratante; y (ii) la aceptación de la oferta de contrato por parte de quien ha solicitado la presentación de ofertas.

Finalmente, a la presentación de las ofertas se le imponen distintas formalidades. Unas, externas, referidas al sobre que contendrá la oferta, y las otras, internas, que debe reunir la propuesta misma y los documentos que deberán acompañarla, los cuales no pueden apreciarse.

a. *Concurso Abierto*

§991. Acto público — De conformidad con el Art. 59 de la LCP, las personas interesadas en el Concurso Abierto presentarán sus manifestaciones de voluntad de participar y las respectivas ofertas, debidamente firmadas, en sobres sellados, a la Comisión de Contrataciones, en acto público a celebrarse al efecto. En ningún caso, deben admitirse ofertas después de concluido el acto.

§992. Mecanismos de recepción y apertura de sobres — De acuerdo con el Art. 56 de la LCP, el Concurso Abierto podrá realizarse bajo cualquiera de los tres (3) siguientes mecanismos de recepción y apertura de sobres: (i) acto

único de recepción y apertura de sobres; (ii) acto único de entrega de sobres separados;(iii) actos separados de entrega de sobres.

§993. Acto único de recepción y apertura de sobres — Es el mecanismo de recepción y apertura de ambos sobres: (i) el de manifestación de voluntad de participar y los documentos de calificación y (ii) el de las ofertas. En este mecanismo la calificación y evaluación serán realizadas simultáneamente. La descalificación del oferente será causal de rechazo de su oferta (Art. 56, num. 1).

§994. Acto único de entrega de sobres separados — En este mecanismo, durante un mismo acto, se recibirán en: (i) un sobre por oferente, las manifestaciones de voluntad de participar, así como los documentos necesarios para la calificación y (ii) en otro sobre separado las ofertas, abriéndose solo los sobres que contienen las manifestaciones de voluntad de participar y los documentos para la calificación.

Una vez efectuada la calificación, la Comisión de Contrataciones notificará, mediante comunicación dirigida a cada uno de los oferentes: los resultados y la celebración del acto público de apertura de los sobres contentivos, las ofertas a quienes calificaron y la devolución de los sobres de ofertas sin abrir a los oferentes descalificados. La calificación debe realizarse en un lapso de dos (2) días hábiles contados a partir de la recepción de los documentos (Art. 56, num. 2).

§995. Actos separados de entrega de sobres — En este mecanismo la entrega o presentación de los sobres de manifestación de voluntad de participar en el concurso de actos separados, en primer lugar, deben recibirse en un único sobre por oferente, las manifestaciones de voluntad de participar y los documentos necesarios para la calificación (Art. 56, num. 3).

b. *Concurso Cerrado*

§996. Recepción — Según el Art. 64 de la LCP, para la modalidad de Concurso Cerrado, el tiempo entre la invitación a participar y el acto de recepción y apertura de ofertas será de al menos cuatro (4) días hábiles para adquisición de bienes y servicios y de seis (6) días hábiles para la contratación de obras.

§997. Evaluación — Finalmente, de acuerdo con el Art. 64, los lapsos para la evaluación de las ofertas en el Concurso Cerrado deben ser de, al menos, tres (3) días hábiles para adquisición de bienes y servicios y seis (6) días hábiles para la contratación de obras.

Los lapsos mencionados deben fijarse, en cada caso, teniendo especialmente en cuenta la complejidad de la ejecución de obra, del suministro del bien o de la prestación del servicio.

V. CALIFICACIÓN E INVITACIÓN

§998. Concepto — Una vez efectuada la calificación para el Concurso Abierto, la Comisión de Contrataciones notificará, mediante comunicación dirigida, a cada uno de los oferentes los resultados e invitando solo a quienes resulten preseleccionados, a presentar sus sobres contentivos de las ofertas, en un lapso de cuatro (4) días hábiles para la contratación de bienes y servicios, y de seis (6) días hábiles en el caso de la contratación de obras (Art. 56, num. 3 de la LCP).

En los Concursos Públicos Anunciados Internacionalmente, este lapso será de doce (12) días hábiles. La notificación se acompañará con el pliego de condiciones para preparar las ofertas (Art. 56, num. 3 de la LCP).

VI. EVALUACIÓN

§999. Plazo — En los mecanismos establecidos en el Art. 56 de la LCP para el Concurso Abierto, la evaluación de las ofertas y la elaboración del informe de recomendación para la adjudicación, se cumplirá en un lapso de cuatro (4) días hábiles para la contratación de bienes y servicios y de once (11) días hábiles en el caso de contratación de obras, contados a partir de la recepción y apertura del sobre (Art. 56, *in fine* de la LCP).

§1000. Informe de evaluación de ofertas — Por su parte, el Art. 70 de la LCP dispone que el informe de recomendación debe ser detallado en sus motivaciones, en cuanto a los resultados de la evaluación de los aspectos legales, técnicos, económicos, financieros y en el empleo de medidas de promoción del desarrollo económico y social, así como en lo relativo a los motivos de descalificación o rechazo de las ofertas presentadas. En ningún caso, se aplicarán criterios o mecanismos no previstos en el pliego de condiciones, ni se modificarán o dejarán de utilizar los establecidos en él.

§1001. Informe de recomendación de adjudicación — Por último, el Art. 72 de la LCP dispone que el informe de recomendación de adjudicación indicará la oferta que resulte con la primera opción, según los criterios y mecanismos previstos en el pliego de condiciones, así como la existencia de ofertas que merezcan la segunda y tercera opción.

VII. DISPOSICIONES COMUNES

§1002. Requisitos — Los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad y ofertas para el Concurso Abierto y Concurso Cerrado tienen carácter público. El resto de las actuaciones estarán a disposición de los interesados en los términos y condiciones establecidos en la LCP (Art. 68).

§1003. Acta — Por otro lado, de todo acto que se celebre en el Concurso Abierto y en el Concurso Cerrado debe levantarse acta que será firmada por los presentes. Si alguno de ellos se negare a firmar el acta o por otro motivo no lo suscribiere, se dejará constancia de esa circunstancia y de las causas que la motivaron (Art. 68 de la LCP).

§1004. Examen de las ofertas — Finalmente, de acuerdo con el Art. 69 de la LCP, una vez concluidos los actos de recepción y apertura de las ofertas del Concurso Abierto y del Concurso Cerrado, la Comisión de Contrataciones debe examinarlas, determinando, entre otros aspectos, si estas han sido debidamente firmadas, si están acompañadas de la caución o garantía exigida y si cumplen los requisitos especificados en el pliego de condiciones.

Igualmente, la Comisión de Contrataciones aplicará los criterios de evaluación establecidos y presentará sus recomendaciones en informe razonado.

§1005 Causales de rechazo — La LCP dispone que la Comisión de Contrataciones en el proceso posterior del examen y evaluación de las ofertas, debe rechazar aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos consagrados en el Art. 71, nums. 1 al 8 de la LCP.

C. TERMINACIÓN

I. NORMAL

§1006. Adjudicación — El órgano o ente contratante debe otorgar la adjudicación a la oferta que resulte con la primera opción, al aplicar los criterios de evaluación, y que cumpla los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (Art. 85 de la LCP).

En este sentido, la decisión de adjudicación tiene un doble aspecto: (i) determina cuál oferta es la más ventajosa y a la vez (ii) declararla aceptada (Sayagués Laso).

§1007. Plazo — Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción del informe de recomendación que presente la Comisión de Contrataciones o la unidad contratante, la máxima autoridad del órgano o ente contratante

debe otorgar la adjudicación o declarar desierto el procedimiento (Art. 84 de la LCP).

§1008. Modalidades — En los casos de ejecución de obra, adquisición de bienes o prestación de servicios, podrá otorgarse la totalidad o parte entre varias ofertas presentadas, si así se ha establecido expresamente en el pliego de condiciones, tomando en cuenta la naturaleza y las características de la contratación que se pretende celebrar (Art. 85 de la LCP).

La adjudicación parcial debe realizarse cumpliendo los criterios, condiciones y mecanismos previstos en el pliego de condiciones.

§1009. Segunda y tercera opción — El órgano o ente contratante procederá a considerar la segunda o tercera opción, en este mismo orden, en caso de que el participante con la primera opción, notificado del resultado del procedimiento administrativo contractual, no mantenga su oferta, se niegue a firmar el contrato, no suministre las garantías requeridas o le sea anulada la adjudicación por haber suministrado información falsa (Art. 86 de la LCP).

§1010. Oferta única — En cualquiera de las modalidades establecidas en la LCP, el órgano o ente contratante podrá adjudicar el contrato cuando se presente solo una oferta y se cumpla con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones, luego de efectuada la calificación y evaluación respectiva (Art. 87 de la LCP).

II. ANORMAL

§1011. Declaratoria de nulidad — Cuando el otorgamiento de la adjudicación, o cualquier otro acto dictado en ejecución de la LCP y su Reglamento, se hubiese producido partiendo de datos falsos o en violación de disposiciones legales, el órgano o ente contratante deberá, mediante motivación, declarar la nulidad del acto de adjudicación (Art. 88 de la LCP).

§1012. Declaratoria de desierto — El órgano o ente contratante deberá declarar desierto el procedimiento administrativo contractual por los motivos siguientes (Art. 89 de la LCP):

- Cuando ninguna oferta haya sido presentada (num. 1).
- Si todas las ofertas resulten rechazadas o los oferentes descalificados, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones (num. 2).
- Cuando esté suficientemente justificado que de continuar el procedimiento administrativo contractual podría causarse perjuicio al órgano o ente contratante (num. 3).
- En caso de que los oferentes beneficiarios de la primera, segunda y tercera opción no mantengan su oferta, se nieguen a firmar el contrato, no suministren

las garantías requeridas o le sea anulada la adjudicación por haber suministrado información falsa (num. 4).

- Cuando ocurra algún otro supuesto expresamente previsto en el pliego de condiciones (num. 5).

§1013. Reinicio — De conformidad con el Art. 90 de la LCP, declarada desierta la modalidad de Concurso Abierto, puede procederse por Concurso Cerrado. Si la modalidad declarada desierta fuera un Concurso Cerrado se podrá proceder por Consulta de Precios. Si el órgano o ente contratante lo considera conveniente podrá realizar una modalidad de selección similar a la fallida.

Finalmente, el Concurso Cerrado y la Consulta de Precios deben iniciarse bajo las mismas condiciones establecidas en la modalidad declarada desierta, invitándose a participar a los oferentes calificados en ésta.

D. EFICACIA

§1014. Notificación — Según el Art. 91 de la LCP, se notificará a todos los oferentes del acto mediante el cual se ponga fin al procedimiento administrativo contractual. Igualmente debe notificarse a los oferentes que resulten descalificados, del acto por el que se tome tal decisión, de conformidad con los requisitos que señala el Art. 92 de la LCP.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. III *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Badell Madrid, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001; Brewer-Carías, A. R., Contratos Administrativos, EJV, Caracas, 1992 y "Sobre los contratos del Estado en Venezuela" en *Derecho Administrativo Internacional, Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza,* (Coord.) Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Mendoza, Septiembre de 2010; Farías Mata, L. E., *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*, Caracas, 1968; Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013; Rodríguez, A., "Ejecución del contrato administrativo: Potestades de la Administración y Derechos de los Contratistas", en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, FPGR, Caracas, 1991; Sayagués laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo,* 9ª Ed. puesta al día, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

CUARTA PARTE

LA TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

LECCIÓN 7. SERVICIO PÚBLICO

Tema 23. Actividad Administrativa

Sumario: TEORÍA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: Principio de expansión de los fines del Estado. CLASIFICACIÓN CLÁSICA: Policía administrativa. Fomento. Servicio público. CLASIFICACIÓN CONTEMPORÁNEA: Regulación. Fomento. Servicio público. Gestión económica. Planificación. Arbitraje administrativo.

TEORÍA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

A. PRINCIPIO DE EXPANSIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO

I. CONCEPTO

§1015. Planteamiento — La Administración Pública tiene diversas acepciones: como sujeto para expresar el conjunto de órganos del Estado que realizan la función administrativa y como actividad, en cuanto significa la acción concreta del Estado para satisfacer los fines que le han sido encomendados por el Ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es a la Administración Pública a quien incumbe cumplir las leyes y actuar los fines constitucionales del Estado, para lo que se requiere algunas veces su abstención, pero, en muchas otras ocasiones, su intervención, su actividad: en suma, su buen funcionamiento. En efecto, muchos preceptos constitucionales precisan de la acción de las Administraciones Públicas; asimismo muchas libertades públicas exigen, para ser efectivas, un buen funcionamiento de la Administración Pública que se convierte así en el brazo ejecutor de los fines del Estado.

§1016. Origen — El origen de la teoría de las formas, clases o modalidades de la actividad, o más propiamente de la función administrativa, está consustanciado con lo que han sido la evolución y los fines del Estado desde los albores de su constitución, de acuerdo con la conciencia social y jurídica de cada momento histórico.

En este orden de ideas, la doctrina española (Villar Palasi) ha hablado en este mismo sentido del "principio de expansión de los fines del Estado" que, en la época del Despotismo Ilustrado, habría encontrado relevantes manifestaciones, razón de que, la justificación del poder estatal se hallaría en la consecución del máximo bienestar de los súbditos, estándole autorizado,

por ello, intervenir en todos los ámbitos de la vida social, incluso en el de la libertad personal.

§1017. Interés público — La vinculación mencionada está determinada, entre otras causas, por la fundamentación de los fines del Estado y de la función administrativa sobre el concepto de interés general o más propiamente interés público, el cual, al atender a un factor histórico, social y político, determina el carácter variable y contingente de los fines del Estado, pues los mismos cambian en la medida que varía la concepción ideológica, política o filosófica de cada Estado, en virtud de la teoría que le sirve de fundamento en un momento histórico y en un lugar determinado.

De allí que el reconocimiento de una necesidad pública y la decisión de satisfacerla, según el contexto social e ideológico, justificará la injerencia del Estado y la forma y modalidad de la actividad administrativa considerada oportuna y justa, así como los medios acordados para su ejecución. Así, la función administrativa que en algún momento histórico se limitó al mantenimiento del orden público, evolucionó a la garantía de prestación de los servicios públicos, para terminar en la ordenación pública de las actividades de titularidad privada.

II. CRITERIOS

§1018. Terminología — Los autores emplean distintos términos para referirse a las múltiples actividades de la Administración Pública: "atribuciones" (R. Bonnard, G. Fraga); "acción" (Delvolvé, Waline, Chapus, De Laubadère); "acción administrativa" (Zanobini); "actividades administrativas" (Garrido Falla, Giannini, Cassese, Sandulli); "tareas administrativas" (Vedel); "misiones administrativas" (Rivero); y finalmente, se propuso como el término más adecuado en idioma castellano "cometidos" o más propiamente "cometidos de la administración" (Sayagues Laso): en su conjunto, todas ellas integran la función administrativa del Estado.

§1019. Criterios — Han sido varios los criterios que pretenden explicar la actividad administrativa desde distintas perspectivas, que van desde el contenido (interna y externa); la forma jurídica (Derecho público y Derecho privado); carácter (jurídica, material, real o técnica); alcance (interna, mixta y externa), terminando por ser los más relevantes: (i) el criterio que toma en consideración los ámbitos de actuación de la Administración Pública y (ii) el criterio que se basa en la incidencia o alcance que tienen las actividades de la Administración Pública en la esfera jurídica y material de las personas.

CLASIFICACIÓN CLÁSICA

§1020. Introducción — El conjunto de clasificaciones desde el que hoy se ordena y maneja el Derecho administrativo puede explicarse como un proceso secuencial directamente vinculado a la evolución histórica de dicho Derecho. En este proceso se observan tres dos clasificaciones identificadas como: (i) clásica; y (ii) contemporánea, según analizaremos a continuación.

§1021. Intervención — La clasificación que rigió casi la totalidad del siglo XX, tuvo por base la intervención, directa o indirecta, por parte del Estado en algunos sectores de interés económico o social. Dicha intervención se fundamentaba en la previa valoración de las actividades de la Administración Pública, en virtud de las cuales, desde el punto de vista de la ciencia del Derecho administrativo, se detectan áreas y sectores en los que el Estado, desde una concepción filosófica entiende la importancia que corresponde a un patrón o modelo político o filosófico que las justifica, como un instrumento mediante el cual el Estado puede alcanzar sus fines, exigiendo para su aplicación el desarrollo de un régimen jurídico específico sobre la base de las premisas siguientes:

- Cada una de las actividades, áreas o sectores administrativos va a contener un núcleo central, el cual le otorga una especificidad que justifica a su vez, el estudio por separado de cada una de ellas.
- Las actividades administrativas a través de las cuales se exteriorizan o se manifiestan las distintas formas de actuación de la Administración Pública surgen, desde el punto de vista histórico, de forma progresiva, con un orden sucesivo de aparición.

§1022. Plan — Cada una de las formas de la actividad de la Administración Pública se centra o se construye para la doctrina española (Jordana De Pozas), sobre una idea principal o núcleo central. Las que, en la concepción clásica comprenden la clasificación tripartita de las técnicas o modos de intervención, son las siguientes: (i) la policía administrativa; (ii) el fomento; (iii) y finalmente, el servicio público las cuales agotarían inicialmente todos los medios posibles de la intervención pública o estatal.

A. POLICÍA ADMINISTRATIVA

§1023. Concepto — La actividad de policía administrativa se fundamenta en la limitación o restricción de las libertades públicas de las personas para así poder garantizar la libertad a la colectividad y hacer compatible la libertad de unos con la de los demás.

De manera que la actividad de policía administrativa en tanto que función pública, estaría centrada en una técnica de intervención o de limitación de las actividades privadas, a los derechos y libertades públicas de las personas que se manifiesta, primeramente, a través de la ley formal, en virtud del principio de la reserva legal.

B. FOMENTO

§1024. Concepto — La actividad de fomento se fundamenta también en una idea principal o núcleo central como lo es la actividad de estímulo, a través de la cual existe la posibilidad, por parte del Estado, de incentivar, estimular o promover a través de diversas técnicas (por ejemplo, subsidios, subvenciones, becas, etc.), un sector de la actividad económica o social de las personas, para que satisfagan necesidades públicas o se estimen aquellas actividades de utilidad general.

Por tanto, el fomento es la modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de las personas hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos (R. Parada).

C. SERVICIO PÚBLICO

§1025. Concepto — La última modalidad está presidida por la idea de gestión pública o de prestación: el servicio público que, en este periodo inicial, se puede definir como la actividad de interés general cuya satisfacción la Administración Pública toma a su cargo, esto es, comporta la asunción de una gestión administrativa. La Administración Pública asume, con carácter excluyente, una actividad, ya sea administrativa propiamente dicha o una actividad industrial o comercial, cuyo ejercicio estará vedado, por consiguiente, a las personas.

En consecuencia, una vez que el Estado procede a calificar, mediante una norma de rango legal, una actividad de prestación como servicio público (*publicatio*), el régimen jurídico que rige esa actividad no será ya el régimen jurídico de Derecho común o de Derecho privado, sino el conjunto de normas y principios del Derecho administrativo o, según la más moderna doctrina contemporánea (G. Giuiglielmi), el denominado Derecho de los servicios públicos, conformado por principios y normas que son aplicables a las actividades calificadas como tales.

CLASIFICACIÓN CONTEMPORÁNEA

§1026. Plan — La concepción contemporánea sobre las formas a través de las cuales se manifiesta desde el punto de vista jurídico la función administrati-

va, es producto de la transformación experimentada en los últimos años, en relación con el rol asumido por el Estado y sus relaciones con las personas y la sociedad, la cual da lugar a las formas de actividades siguientes: (i) la regulación; (ii) el fomento; (iii) el servicio público; (iv) la gestión económica; (v) la planificación; y por último (vii) el arbitraje administrativo..

A. REGULACIÓN

§1027. Concepto — La actividad de la Administración Pública se manifiesta, en primer lugar, en una acción, o más propiamente, en una función jurídica de limitación, ordenadora, de regulación o regulatoria, a través de la cual el Estado se revela en su potestad de *imperium,* así como en su capacidad de ordenar y de subsumir a las personas a disposiciones fundamentalmente de rango legal o normativo (Villar Palasi). Esta categoría ha sido luego receptada bajo esta denominación por la doctrina nacional (Brewer-Carías, Araujo-Juárez).

§1028. Contenido — La regulación es una actividad eminentemente jurídica, constituida de normas y de actos de aplicación o de *imperium,* mediante la cual la Administración Pública establece las limitaciones, condicionamientos o cargas a las personas, que se consideran necesarias para una adecuada convivencia o para la obtención de un mayor bienestar social. Por tanto, la actividad de regulación o regulatoria no es incompatible con la intervención estatal (ya que implica, en sí, una modalidad técnica de intervención pública o administrativa, si bien no intensa).

La actividad de regulación comprende tanto la potestad normativa como los actos de aplicación de las normas en ejecución de unos títulos de potestad que son creados por el Ordenamiento jurídico, consistentes en prohibiciones, mandatos, aprobaciones o autorizaciones, etc. A su vez, la potestad normativa incluye tanto la potestad legislativa como la potestad reglamentaria, que la doctrina nacional (Brewer-Carías) engloba bajo la denominación de función normativa, con todas sus secuelas de aplicación limitadora y coactiva, o incluso ablativa, plasmada en instrumentos como las órdenes, prohibiciones, habilitaciones, etc., así como nuevas funciones y formas de intervención (por ejemplo, las recomendaciones, las normas flexibles, etc.) Es pues, la actividad de policía, clásica y esencial del Estado, y va íntimamente unida a la noción de interés general o interés público.

B. FOMENTO

§1029. Concepto — La actividad de la Administración Pública también se proyecta en una función de fomento, estímulo o protección con lo cual se establece la referencia a la clasificación clásica, donde el Estado ya no utiliza

su poder de coacción, de ordenar o de someter a las personas, sino que actúa de manera positiva, siempre desde afuera y sin carácter coactivo, para lo cual acude, en este caso, a otras técnicas del Derecho administrativo, pues lo que se pretende es influir sobre un área social o económica específica a través de categorías, técnicas o modos también bastante específicos para imprimir en ellas un sentido u orientación determinada.

Esta función de fomento, aunque se desarrolla también por cauces jurídicos, es de índole principalmente económica y tiende a la satisfacción de una necesidad pública, a alcanzar un fin de interés general. La Administración Pública actúa sobre las personas ofreciéndoles una serie de ventajas, pero supeditando su obtención a que, por parte de aquellas, se cumplan determinadas metas.

§1030. Clases — La clasificación más usual de los medios o técnicas de fomento es la que toma en consideración, en razón de su objeto y el tipo de ventajas que se otorgan a las personas, dando los medios de carácter: (i) honorífico (por ejemplo, el otorgamiento de honores y distinciones: la Orden de El Libertador); (ii) jurídico (por ejemplo, el otorgamiento de la nacionalidad); y por último (iii) económico (por ejemplo, los subsidios, exenciones y desgravaciones tributarias, premios, becas, etc.).

C. SERVICIO PÚBLICO

§1031. Concepto — Además está la actividad de servicio público*; e*l Estado no solamente se limita a dictar actos jurídicos, sino que también realiza actividades que persiguen la satisfacción de las necesidades de interés general. Aquí se concreta lo que constituye la actividad de servicio público o de garantía prestacional de servicio público, sobre el cual volveremos más ampliamente en el Tema 24.

D. GESTIÓN ECONÓMICA

§1032. Concepto — Existe, también, una actividad de gestión económica, esto es, la actividad de producción, distribución y/o comercialización de bienes y servicios, sin reserva alguna de titularidad. El Estado deja de ser un sujeto pasivo y comienza a participar muy activamente como un agente más del mercado.

En efecto, el Estado participa como empresario público, interviene activamente como el empresario mayor (Véase Sent. del TSJ/SC (117), de fecha 6 de febrero de 2001, RDP, Nº 85-86/87-88, p. 215), no solo en las mismas condiciones sino, muchas veces –e injustificadamente–, en condiciones pri-

vilegiadas en relación con la actividad económica que desarrollan las demás personas.

E. PLANIFICACIÓN

§1033. Concepto — Una actividad o manifestación más de la función administrativa es la actividad de planificación. Al Estado no solo le basta con dictar normas de estímulo o de persuasión, o de favorecer la actividad económica desde un determinado sector social sino que, además de prestar o garantizar los servicios públicos de muy distinta índole y de investirse de la condición o cualidad de empresario público, planifica, prevé y racionaliza de modo conjunto y sistemático, tanto la acción del propio Estado como la de la iniciativa privada.

Por tanto, la actividad de planificación constituye también un medio de intervención pública en la economía, pues los agentes económicos se verán de una u otra forma en la necesidad de adaptar el ejercicio de sus actividades a lo previsto en el plan. En ese sentido, de manera general, y en materia económica, el Art. 299 de la C señala la planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta como instrumento para el logro de las finalidades del régimen socio-económico.

§1034. Clases — En el sistema de economía de mercado cabe distinguir dos tipos de planificación: (i) por un lado están los planes que vinculan obligatoriamente tanto al sector público como el sector privado (planificación coactiva) y (ii) por el otro, la planificación que únicamente reviste carácter vinculante para el sector público, y es simplemente orientadora para el sector privado (planificación indicativa), siendo esta modalidad de intervención pública la que se adecua mejor al sistema de economía mixta o social de mercado que consagra la Constitución.

F. ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

§1035. Concepto — Por último, dentro del proceso de profunda transformación de las actividades que conforman la función administrativa, surge la actividad arbitral singularizada por la doctrina española (Parada), como la función de naturaleza administrativa que consiste en resolver conflictos o controversias entre las personas sobre derechos privados o administrativos (Santamaría Pastor).

En tal sentido, la Administración Pública podrá actuar siempre que exista una habilitación de rango legal, que le atribuya la competencia en condición de árbitro, para intervenir y dirimir el conflicto sobre una cuestión controvertida y que las partes involucradas libremente la sometan a su arbitraje. Las

notas que caracterizan la actividad administrativa arbitral son las siguientes: (i) competencia administrativa unilateral; (ii) competencia garantista; y (iii) competencia subsidiaria

§1036. Competencia administrativa unilateral — La resolución extrajudicial de conflictos no tiene como única finalidad resolver un conflicto entre personas, sino que se establece como un medio expedito para la resolución de los conflictos, garantizando tanto la libre competencia en las actividades económicas implicadas, como la continuidad en la prestación de los servicios.

Lo expuesto lleva a admitir la actuación de oficio de la Administración Pública, con la finalidad de resolver los conflictos que surjan como consecuencia de las diferencias o controversias, sin que sea indispensable el consentimiento de las personas involucradas.

§1037. Competencia garantista — Por otra parte, la Administración Pública tiene la competencia para solucionar conflictos entre personas solo cuando la ley así lo determine, en salvaguardia y como titular del interés público, siendo que el Estado, a través de los órganos de la Administración Pública, es parte interesada en las relaciones jurídicas de las personas.

§1038. Competencia subsidiaria — Finalmente, debe señalarse que la intervención de la Administración Pública debe ser una actuación subsidiaria, en el supuesto de que los sujetos en conflicto, en ejercicio de la libertad de contratación, no logren un acuerdo que ponga fin a la controversia suscitada (por ejemplo, el arbitraje en materia de interconexión de las redes de telecomunicaciones regulada en el Art. 139 de la LOTEL).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. IV *Servicio Público,* Paredes Editores, Caracas, 2011 y "Régimen Jurídico de los Servicios Económicos de Interés General ", en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudio en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías.* T. II. Madrid. 2003; AA.VV., *Las Formas de la Actividad Administrativa,* en Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. II, EJV-FUNEDA, Caracas, 1996; AA.VV., *El Nuevo Servicio Público,* en Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. VI, EJV-FUNEDA, Caracas, 2002; Brewer Carías, A.R., "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", en *RDP* Nº 6, Caracas, 1981, y "El régimen constitucional de los servicios públicos", en *Derecho Constitucional venezolano,* T. I, EJV, Caracas, 2004; Cassagne, J. C., *La intervención administrativa,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; De La Cuétara, *La actividad de la Administración,* Tecnos, Madrid, 1983 y "Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos", en *El nuevo servicio público,*

Marcial Pons, Madrid, 1977; Guglielmi, G., *Gestión privada de los servicios públicos*, Ed. Ciudad argentina, Serie Servicios Públicos, Buenos Aires, 2004; Jordana De Pozas, L., *"El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa",* RAP, núm. 4, 1951; Meilán Gil, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, Madrid, 2011 y *Progreso tecnológico y servicios públicos,* Thomson-Civitas, Madrid, 2006; Moreno, L. F., *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas de Derecho económico,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Parada, R., *Derecho Administrativo*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 2004 y *Derecho administrativo, derecho privado, derecho garantizador*, RAP Nº 52, Madrid, 1967; Peña Solis, J., *La Actividad Administrativa de Servicio Público*; Rolland, L., *Droit administratif*, París; Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, T. II, IUSTEL, Madrid, 2004; Sayagués Laso, E., *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 9ª Ed. puesta al día, Montevideo, 2004; Villar Escurra, J. L., *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid,1980; Villar Palasí, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964; Villar Rojas, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

Tema 24. Concepto

Sumario: SUBJETIVO: TITULARIDAD ADMINISTRATIVA: Publificación. Potestades administrativas. MATERIAL: INTERÉS PÚBLICO: Concepto. Prestaciones de interés público. FORMAL: RÉGIMEN JURÍDICO-PÚBLICO: Concepto. Características. Conclusión. SERVICIO PÚBLICO VIRTUAL

§1039. Introducción — Sobre la categoría jurídica de servicio público que ha pretendido dar unidad y coherencia a la totalidad del Derecho administrativo, hay tantos enfoques como definiciones tienen los autores que se han ocupado de la misma, incluso ocasionalmente (R. Alessi).

Ante la ausencia de una definición clara, tanto para la doctrina de comienzos del siglo XX como para la mayoría de los autores contemporáneos, la noción, o mejor aun, la identificación o descripción del concepto del servicio público se construye alrededor de tres elementos o, más propiamente, se descompone el concepto en los "elementos modulares" (J. L. Villar Ezcurra), asociados de manera invariable (P. Esplugas). Si la intención del legislador no aparece claramente, el juez administrativo va a poner en obra los tres criterios (Véase CE, de fecha 28 de junio de 1963, fallo *Nancy*), buscando, para cada uno de ellos, los indicios que le permitirán deducir la existencia del servicio público, por lo que precisa de una justificación y delimitación adecuadas.

SUBJETIVO: TITULARIDAD ADMINISTRATIVA

A. PUBLIFICACIÓN

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§1040. Planteamiento — La calificación de una actividad como servicio público impone demostrar la existencia de un vínculo adecuado entre este y una persona pública, del cual dependerá, en última instancia, la prestación (también denominado criterio orgánico o institucional). Este vínculo orgánico es indispensable y la intensidad del mismo presenta grandes variaciones ya que es directamente tributaria del modo de gestión que la persona pública, que ejerce la alta responsabilidad sobre el servicio público, ha seleccionado para la prestación de un servicio público dado. Si está ausente, la actividad de que se trate será solo una actividad privada de interés general (Véase CE, de fecha 20 de diciembre de 1935, fallo *Établiss. Vézia)*.

En este orden de ideas, la doctrina francesa exige para que exista servicio público, únicamente, una especial vinculación directa o indirecta de la actividad con la Administración Pública (Véase CE, de fecha 31 de marzo de

1995, fallo *Touzet et Desaunay, AJDA*, 1995.562, conc. Arreghi de Casanova), lo que supone en cierto modo que esta la asuma como propia, pero sin que sea preciso, necesariamente, que el Estado se apropie de la titularidad de la misma, lo cual se traduce ya sea en el control efectivo sobre las modalidades de ejecución del servicio público, o que sea dirigido por una persona pública (Esplugas). Por el contrario, la doctrina española toma como base de la definición del servicio público, la titularidad administrativa de la actividad según analizaremos a continuación.

§1041. Concepto — La doctrina española busca la definición del servicio público desde un criterio formal distinto a la doctrina francesa: es la idea de titularidad, en cuanto considera que la creación de un servicio público tiene su origen en el reconocimiento de una necesidad pública y la decisión de satisfacerla (título material) que lleva a calificar (título formal) una actividad como servicio público. Es una declaración en virtud de la cual la actividad concernida pierde su carácter privado y deviene administrativa, esto es, el Estado se convierte en titular o *dominus* de la misma.

Por tanto, la titularidad administrativa del servicio público, siendo expresión del Poder Público, solo puede pertenecer al Estado mediante la ley formal. El acto de calificación o declaración formal de una actividad, un servicio o un sector como servicio público, es lo que la doctrina española (Villar Palasí) ha denominado la *publicatio* (publificación) o *acto de publicatio* (acto de declaración de servicio público).

En efecto, la doctrina enfatiza el carácter voluntarista de la determinación de que una actividad que por ser esencial o indispensable para la satisfacción de necesidades sociales se califique de manera previa (*publicatio prævia*) y expresa como servicio público (principio de tipicidad); voluntarista en cuanto que es una declaración y valoración expresa que se adopta por el Poder Público competente, de acuerdo con cada Derecho interno, sin más límites que los que la Constitución y las leyes determinan.

Por su parte, la jurisprudencia venezolana define la *publicatio* como "la calificación por ley de la actividad como servicio público" (Véase Sent. del TSJ/SPA Acc., de fecha 5 de agosto de 2004).

§1042. Contenido — El acto de publificación (*publicatio*) puede tener por objeto ya sean recursos, bienes o actividades –si es un recurso se declara *dominio público;* si es un bien se declara *obra pública;* y si es una actividad se declara *servicio público*–, ha quedado reservada a la ley formal (principio de la reserva legal) y, por tanto, no es susceptible de ser calificada una actividad de servicio público por virtud de la potestad reglamentaria de la Adminis-

tración Pública. En consecuencia, le corresponde solo a la Constitución o a la ley formal calificar una actividad como servicio público.

§1043. Principio de exclusividad —Ahora bien, en relación con el principio de la competencia legislativa, rige el principio de exclusividad, según el cual únicamente el Estado, en tanto que interpreta las necesidades de la colectividad, es el que puede declarar una determinada actividad de interés público. Esta declaración, naturalmente, solo puede llevarse a cabo por ley formal; por consiguiente, únicamente el Poder Público puede calificar por vía de una decisión con rango de ley, conforme a la definición constitucional (Art. 202, C), lo que en un momento determinado es un servicio público y lo que en otra circunstancia deja de considerarse como tal.

§1044. Derecho positivo — La Constitución contiene, a lo largo de su articulado, las expresiones de "servicio público" (Arts. 84, 86, 102, 108, 113, 156, num. 29, 164, num. 8, 173, 178, 184, nums. 2 y 6, 196, num. 6, 259 y 281, num. 2).

Por su parte, ciertas actividades han sido identificadas por la Constitución y las leyes con estas nociones indeterminadas. Así, por ejemplo, son "servicio público": los servicios de electricidad, agua potable y gas (Arts. 156, num. 29 y 178, numeral 6, C), alcantarillado, canalización, disposición de aguas servidas, cementerios y servicios funerarios (Art. 178, num. 6, C), el aseo urbano (Art. 178, num. 5, C), el servicio de transporte público (Arts. 156, num. 26 y 178, num. 2, C), el servicio de correo y de las telecomunicaciones (Art. 156, num. 28, C), los servicios hospitalarios y de salud (Art. 84, C), la seguridad social (Art. 86, C), la educación (Art. 102, C), la radio, la televisión, las redes de bibliotecas y de informática (Art. 108, C).

Por su parte, la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación, sus aplicaciones y servicios de información asociados se declaran de "interés público" (Art. 110, C). Los servicios de policía, bomberos y defensa civil tienen por misión mantener y proteger el "orden público" (Art. 332, C); y por último, las obras directamente destinadas a la prestación del servicio eléctrico se califican de "utilidad pública e interés social" (Art. 5, LOSEN).

§1045. Jurisprudencia — Finalmente, existen casos de actividades donde, a pesar de no existir una declaratoria legal expresa, la jurisprudencia concluyó en el carácter de servicio público de las actividades siguientes: servicios portuarios (Véase Sent. de la CSJ/SPA: 29 de mayo de 1960, caso *Shell*); servicios de telecomunicaciones (Véanse Sents. de la CSJ/SPA: 11 de diciembre de 1990; y de la CPCA: 9 de abril de 1997, caso *Telcel Celular, C.A.*); telecomunicaciones aeronáuticas y de ayuda a la navegación aérea (Véase Sent. de la CSJ/SPA de fecha 2 de julio de 1996).

II. INTERVENCIÓN PÚBLICA

§1046. Concepto — Por otro lado, es preciso tener muy presente que la intervención del Estado en las actividades de servicio público constituye un fenómeno de aluvión, en el que nuevas formas van sumándose y superponiéndose a las anteriores sin hacerlas desaparecer. Se afirma también, por ende, la posibilidad de coexistencia de unos grados de intervención con otros.

Así las cosas, para ubicar el tema concreto que nos ocupa, cual es el de la intervención del Estado en las actividades de servicio público, resulta conveniente encuadrarlo previamente en una categoría que tipifique al instituto. Aunque toda clasificación es peligrosa por la simplificación que lleva implícita, constituye, sin embargo, un instrumento útil porque ayuda a comprender mejor la naturaleza de la intervención del Estado a partir de la cual se pueden extraer consecuencias valiosas para aplicación e interpretación de tal fenómeno, al igual que para fines docentes.

§1047. Escala o gradación — El servicio público como forma específica con la que se denomina un tipo especial de intervención administrativa, de acuerdo con el Derecho positivo de cada país, es susceptible de escala o gradación.

En efecto la *publicatio* incide, de forma diversa, según se entienda como simple reserva de la titularidad o también de la gestión. Esta gradación permite que pueda hablarse de una escala de la "*publicatio*", que según la doctrina española (Villar Ezcurra) se manifiesta en la forma siguiente: (i) máxima; (ii) media; y por último (iii) mínima.

§1048. *Publicatio* máxima — Son los casos en que la Administración Pública detenta tanto la titularidad pública administrativa como la gestión de un determinado servicio público. Se trataría de un escalón en el que no se deja resquicio alguno para la intervención de las personas.

§1049. *Publicatio* media — Son los casos en que la Administración Pública solo detenta la titularidad pública administrativa de un servicio público, pudiendo las personas intervenir en la gestión del mismo, previa la obtención de una habilitación administrativa (por ejemplo, una concesión de servicio público).

§1050. *Publicatio* mínima — Finalmente, son los casos en que la Administración Pública detenta solo la titularidad de una parcela del servicio público lo cual se conoce, tradicionalmente, como servicios públicos compartidos o concurrentes.

§1051. Derecho positivo — En este orden de ideas, el criterio de la intensidad de la restricción a la libertad económica le sirve a la doctrina nacional

(Brewer-Carías) para distinguir tres grandes categorías de servicios públicos, así: (i) los servicios públicos exclusivos y excluyentes; (ii) los servicios públicos exclusivos pero concedibles; y por último (iii) los servicios públicos concurrentes.

B. POTESTADES ADMINISTRATIVAS

I. CONCEPTO

§1052. Título jurídico-público — La calificación de una actividad como servicio público (*publicatio*) actúa como título jurídico-público de atribución de un cierto número potestades administrativas indisponibles al Estado, en orden a la consecución de un fin de interés público estimado relevante por el legislador (Villar Rojas).

Las potestades administrativas son, pues, los poderes atribuidos a las Administraciones Públicas por el Ordenamiento jurídico, atribución que debe efectuarse de modo expreso pero, excepcionalmente, "en ocasiones, sin declararlas expresamente" (De La Cuétara). Además, las potestades públicas son intransferibles, imprescriptibles (aunque sí puede prescribir su ejercicio) e irrenunciables.

II. CLASIFICACIÓN

§1053. Plan — Así, las potestades administrativas más características, en el ámbito de los servicios públicos, son las siguientes: (i) la potestad de creación y supresión; (ii) la potestad de dirección; (iii) la potestad de elección; y por último (iv) la potestad de control y sancionadora.

§1054. Potestad de creación y supresión — La creación (y por consiguiente la modificación) de un servicio público es el cierre de un proceso que se inicia con la constatación, por parte del Estado, de la existencia de una necesidad colectiva relativa a un fin de interés pública, esto es, la necesidad colectiva de seguridad, de aprovisionamiento de alimentos, de comunicaciones de toda naturaleza, etc. y que, además, debe ser directamente asumida o garantizada por la Administración Pública. Así las cosas solo el Estado puede, en principio, crear y suprimir servicios públicos. La creación y supresión del servicio, en el orden nacional, se traduce en el hecho de que es una creación subjetiva del Poder Público, y corresponde a la Asamblea Nacional; y durante el receso de esta, al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, en caso de urgencia comprobada y previa autorización de la Comisión Delegada (Art. 196, num. 6 de la C).

En este sentido debemos hacer mención de que, siendo materia de la reserva legal material del Poder Público Nacional la *publicatio* de sectores o

áreas económicas y sociales, solo le corresponderá a los estados federales el establecimiento y organización de los servicios públicos estadales (Art. 164, num. 8 de la C); y por último, a los municipios el establecimiento y organización de los servicios públicos municipales (Art. 178 de la C).

Finalmente, la otra modalidad de competencia es la supresión, que consiste en la extinción o desaparición del servicio público respectivo. Ahora, la causa normal consiste en la desaparición de la necesidad de interés general a la cual daba satisfacción; sin embargo, también puede ser suprimido, aun si la necesidad de interés general subsiste, ya sea por cuestiones de índole política –como sucedió en Francia con el servicio de culto con la Ley del 9 de diciembre de 1905, relativa a la separación de la Iglesia y el Estado-, financiera –desinversiones– o técnica –tecnologías obsoletas).

§1055. Potestad de dirección — La incorporación, a la esfera pública, de una actividad declarada servicio público lleva consigo una serie de determinaciones administrativas acerca del cómo, el cuándo, el dónde, etc., que se engloban bajo la denominación genérica de potestad de dirección (De La Cuétara).

En consecuencia, la definición de las reglas de organización y funcionamiento del servicio público van a conformar el estatuto del respectivo servicio público, esto es, la regulación total de la actividad, el régimen general, hasta el más mínimo detalle.

§1056. Potestad de elección — Derivada de la asunción real del servicio público, es inherente a la posición jurídica resultante para la Administración Pública, la potestad de elección del gestor o prestador del servicio público, así como los modos de gestión, lo cual constituye un principio fundamental inherente a la noción misma de la titularidad jurídico-pública del servicio público.

§1057. Potestad de control y sancionadora — Finalmente, le corresponde a la Administración Pública lo que tradicionalmente se conoce bajo la expresión de policía de los servicios públicos, en relación no solo con el gestor o prestador del servicio público, sino también con los usuarios. Por tanto, deberá velarse por el buen orden del servicio público, lo que significará tanto el control del respeto a las reglas de organización y funcionamiento del servicio público respectivo, como sancionar, si es el caso, su infracción, lo cual es el corolario de las potestades anteriores.

En consecuencia, la Administración Pública nunca enajena sus potestades públicas sobre el servicio público delegado; por el contrario, mantiene la facultad de intervención y control sobre la prestación, incluso cuando son

delegadas para poder garantizar de esta manera, el Poder Público, el buen funcionamiento del servicio público delegado, de conformidad con el Ordenamiento sectorial de que se trate.

MATERIAL: INTERÉS PÚBLICO

A. CONCEPTO

§1058. Planteamiento — Un sector de la doctrina ha sostenido que la noción de interés general, o más propiamente interés público, se ha considerado como un criterio inicial de aplicación virtual del régimen de Derecho público y, por ende, el más importante denominador común de las más fundamentales categorías del Derecho administrativo.

En efecto, allí donde está presente, existe la posibilidad de la aplicación de un régimen exorbitante de *puissance publique*; toda actividad, toda operación o situación que revele un interés público, posee vocación natural de estar sujeta al Derecho público, lo cual no significa que necesariamente lo vaya a estar efectivamente, aun parcialmente.

§1059. Actividad de garantía de prestaciones — La asunción de la titularidad administrativa de la actividad por parte del Estado no es, por sí sola, suficiente para calificar una actividad como servicio público, siendo preciso, además, que ello se haga con vistas a la satisfacción de un interés público específico (también denominado criterio objetivo o funcional), lo que magistralmente fue puesto en evidencia por los autores de la Escuela del Servicio Público, criterio este que viene a ser el fundamento mismo, la razón de ser del servicio público (Esplugas).

§1060. Elemento común — Se debe a la doctrina francesa (De Laubadére) la conexión doctrinaria moderna entre servicio público e interés público, al adoptar, a partir de 1953, una definición que no modificará: el servicio público es toda actividad de una colectividad dirigida a satisfacer una necesidad de interés general o público. En ese sentido, el objeto del servicio público es el interés público, gracias al ejercicio de una actividad prestacional de la Administración Pública o, más propiamente, de garantía de prestaciones de interés general, susceptible de revestir diversas formas: material, financiera o intelectual y cultural.

Así, el interés público se presenta como el elemento o denominador común de todos los servicios públicos y constituye su elemento material constante pues, más allá de la diversidad de objetos –cada servicio público tiene un objeto singular en correspondencia con la especificIdad de la prestación que entrega (educación, transporte, gas, electricidad, etc.)–, se encuentra la unidad

del fin perseguido: la satisfacción del interés público. Este será un elemento esencial del concepto, pero no un elemento suficiente (Weil).

§1061. Contenido — La prestación del servicio público constituye su objeto, el cual puede manifestarse mediante una actividad de dar o entregar y se concreta a través de diversas modalidades. Sin embargo, es necesario recordar que el servicio público no es reductible a una simple idea de prestación. Su fundamento y fin es, efectivamente, el interés general, el cual es susceptible de lograrse de diversas formas.

Por último, las prestaciones de interés público adoptan formas muy diversas, así: (i) las prestaciones materiales que son las más numerosas (correos, agua, gas, electricidad, transporte, aseo urbano, etc.); (ii) las prestaciones financieras (seguridad social, vivienda, etc.); y por último (iii) las prestaciones intelectuales o culturales (diferentes niveles de educación, formación profesional, etc.).

B. PRESTACIONES DE INTERÉS PÚBLICO

§1062. Planteamiento — El concepto contemporáneo de servicio público debe partir, a su vez, del concepto de interés público. Así, el interés público cualquiera haya sido su denominación, siempre ha designado un conjunto de principios y de actitudes comunes de una colectividad. Es por eso que la extensión y las misiones de servicio público están estrechamente vinculadas a la evolución de las necesidades colectivas de las personas.

El vocabulario jurídico manifiesta esta idea en términos de bien común, interés común, interés general, o en términos jurídicos más precisos, de interés público. Siendo así, la nota definitiva del servicio público es que no se trata de actividades necesarias del propio Estado, como las que la doctrina alemana (Forsthoff) denomina "de la esencia del Estado" como son las actividades de soberanía, sino actividades de mera utilidad general del público, de actividades indispensables o esenciales para la vida de la sociedad.

§1063. Concepto — La doctrina española (L. Parejo Alfonso) señala que el concepto de interés general es, ante todo, una cláusula general, o más propiamente, un concepto abstracto y formal. Ambas notas le son consustanciales, pues su función consiste en representar cualquier bien jurídico protegido por la comunidad jurídica, reconocido y declarado como tal por el Poder Público y para la resolución de los problemas sociales y la realización eficaz de las necesidades de interés general.

En este plano más concreto, la noción de interés general se refiere a los bienes públicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por

ello, al Poder Público, es decir, a las organizaciones estatales (o los designados por estas), en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados (Parejo Alfonso).

En esta significación más estricta, el interés general se identifica con el interés público y se contrapone, genéricamente, al interés particular o privado. El interés público es, entonces, más que la suma de los intereses de los individuos y las comunidades; es el interés del cuerpo social en su totalidad, tal como va desprendiéndose de los procesos democráticos y finalmente cobrando forma por la acción de las autoridades de las personas públicas (Guglielmi).

§1064. Derecho positivo — La jurisprudencia venezolana también sostiene que el servicio público persigue satisfacer de manera regular y permanente "una necesidad colectiva" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de octubre de 1970, caso *CADAFE*); "necesidades públicas" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de agosto de 1993, caso *Cámara Venezolana de Educación Privada*); "necesidades colectivas" (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 5 de agosto de 2004; y CPCA, de fecha 10 de marzo de 2000); y por último, "necesidades colectivas impostergables" (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 6 de noviembre de 2000).

Por último, como sostuvo también la jurisprudencia, el interés público como categoría jurídica que legitima la actuación de la Administración Pública (Véase Sent. Nº 161 del TSJ/SC, de fecha 1 de febrero de 2002), y en que se inspiran las normas del Derecho administrativo, justifica ciertos privilegios de que gozan para el cumplimiento efectivo de sus fines (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de mayo de 1966, G.F. Nº 52, 1966, pp. 108-113), que ubican a las autoridades públicas en un plano de superioridad necesario para el cumplimiento de los mismos, denominado principio de supremacía, pero estándole prohibido actuar de forma arbitraria o violar los derechos fundamentales de las personas (Véase Sent. Nº 1401 del TSJ/SC, de fecha 21 de noviembre de 2000).

Finalmente, la jurisprudencia venezolana ha receptado en forma pacífica la noción de servicio público en su sentido amplio, general o lato (Véase Sent. de la CSJ/SPA de fecha 5 de octubre de 1970, Ramírez & Garay, Nº XXVIII, p. 476).

§1065. Fundamento y límite de la actividad administrativa — El elemento funcional del interés público es, por naturaleza, subjetivo y variable pues en función del contexto histórico, político, económico y social es considerado

como tal por el Poder Público. Por tanto, el reconocimiento de la existencia de una necesidad pública y la declaración de voluntad de la asunción de la concreta actividad, es el resultado de una valoración que corresponde efectuar al Poder Público en cada momento, en función del interés general y político que representa y por ende, susceptible de un control jurisdiccional.

De allí que el interés público, según lo reconoce nuestra jurisprudencia, no es un concepto inmutable; antes bien, varía según la evolución de las costumbres, la defensa de la cultura y de los intereses superiores de la comunidad (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 29 de marzo de 1984, RDP, Nº 18, p. 182).

§1066. Servicios de utilidad pública o de interés público — Finalmente, el Alto Tribunal (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de octubre de 1970) sostuvo que como las necesidades colectivas pueden ser también satisfechas por las personas con sus recursos personales y usando instrumentos de su propia creación, las actividades de estos últimos reciben la denominación de "servicios de utilidad pública" o de "interés público", expresión esta última que emplea el constituyente en esta acepción técnica precisa, al enumerar los derechos económicos.

Lo expuesto permite establecer la debida distinción entre este tipo de actividades y los servicios públicos propiamente dichos, *strictu sensu*, cuando se alude a estos como expresión típica y exclusiva de la función administrativa del Estado para atender a los integrantes generales de la Nación o parte de ella.

FORMAL: RÉGIMEN JURÍDICO-PÚBLICO

A. CONCEPTO

§1067. Régimen exorbitante al Derecho común — Por último, siendo el servicio público una modalidad específica de intervención administrativa, cualitativamente diferente de otras, entraña unas determinadas consecuencias generales sobre el plano del régimen jurídico aplicable a las actividades afectadas, con lo cual nos encontramos con un dilema semejante al del huevo y la gallina: ¿Es el régimen jurídico concreto un elemento de la definición de servicio público o, más bien, es una consecuencia de la calificación de una actividad como servicio público?

En el caso de las declaraciones formales de servicio público se ha de primar el régimen jurídico concreto al que se somete la actividad por encima de las declaraciones más o menos altisonantes. Por tanto, las propias características del servicio público provocan un régimen jurídico estructural, indicándose con ello, la sumisión o dependencia bajo grados diferentes, según los casos,

de los servicios públicos a un régimen jurídico derogatorio al Derecho común o privado o, más aun, exorbitante al Derecho común (también denominado criterio normativo) que, en principio, será válido para la generalidad de los servicios públicos conocidos (J.F. Lachaume). La especificidad del servicio público es, por tanto, no material sino jurídica. Se puede, incluso, señalar que el servicio público es en sí un régimen jurídico, esto es, el Derecho de los servicios públicos.

Con relación a este último elemento formal, la doctrina francesa se resiste a tomar en consideración el régimen jurídico como elemento de la definición del servicio público al estimar, no sin cierta razón, frente a la lógica jurídica, que el régimen jurídico específico es más una consecuencia de la presencia de la misión de servicio público que una condición de su existencia (Rivero, De Laubadére).

B. CARACTERÍSTICAS

§1068. Enumeración — El régimen jurídico público o exorbitante específico de los servicios públicos se refiere a:

- La creación, modificación o supresión de los servicios públicos, puesto que por tratarse de calificar lo que es el interés público, no puede ser sino obra del propio Poder Público.
- Que corresponde a la naturaleza del servicio público el estar sometido a un conjunto de principio y normas que se resume en la expresión estatuto o régimen jurídico del servicio público, esto es, un régimen de sujeción especial, el cual va a regular su prestación, en contraposición con las actividades privadas similares.

En mérito a lo antes expuesto, la doctrina francesa (Lachaume) señala que, aun en los casos referidos, existe un régimen jurídico exorbitante al Derecho común a todo servicio público caracterizado por los elementos siguientes:

- El primero elemento que constituye el núcleo duro del régimen jurídico específico elaborado en función de las exigencias del interés público que el servicio público debe satisfacer, está compuesto por los principios fundamentales que rigen a todo servicio público, esto es, las famosas "leyes de L. Rolland".
- Además de ese mínimo garantizado de régimen jurídico específico que se encuentra en todo servicio público, existe una *emprise* diferenciada sobre los diferentes servicios públicos, en el sentido que el mismo penetra, de modo desigual, los diferentes servicios públicos en atención a la presencia de la gradación de los fines de interés público, y que se manifiesta tanto por las prerrogativas como por las sujeciones exorbitantes, y que en caso de duda son un factor de identificación de la presencia o no de un servicio público.

C. CONCLUSIÓN

§1069. Resumen — En mérito a lo expuesto en este tema, no dudo en sostener que la enorme imprecisión con que se han manejado los elementos para identificar el servicio público ha jugado desfavorablemente en su defensa, hasta el punto en que se ha terminado por difuminar la figura.

Tampoco es correcto identificar servicio público con cualquier actividad de utilidad o interés público, pues una cosa es el interés público y otra el servicio público. Si bien todo servicio público comporta una actividad de interés público, lo contrario no es cierto: no toda actividad de interés público puede considerarse servicio público.

En consecuencia, la noción de servicio público debe despojarse de las exageraciones iniciales y construirse alrededor de los tres elementos modulares que la doctrina contemporánea menciona: (i) la titularidad administrativa o publificación; (ii) el interés público; y por último (iii) el régimen jurídico público, los cuales van a permitir deducir la existencia de la noción de servicio público *strictu sensu*.

SERVICIO PÚBLICO VIRTUAL

§1070. Origen — Un problema distinto es la existencia de determinadas actividades que, aun no siendo objeto de una publificación expresa, son, sin embargo, objeto de una intensa intervención pública, en cuanto que existe en ellas un interés público que debe ser protegido.

En efecto, se debe a la doctrina francesa el haber sido la primera en emplear la expresión servicio público virtual. Después se ofreció una noción bastante elaborada, al señalar que ciertas actividades de interés general o público presentan un carácter de servicio público virtual pudiendo, por tanto, ser sometidas a un régimen de servicio público, por una simple autorización de la autoridad administrativa, y caracterizado por un conjunto de obligaciones de servicio público.

§1071. Examen de la teoría expuesta — Al respecto se observa que hoy día la mayoría tanto de la doctrina francesa (Rivero, Vedel), como de la española (García De Enterría, Santamaría Pastor, García-Trevijano Fos), se han pronunciado en contra de la consideración de tales actividades como auténticos servicios públicos y tal categoría ha sido objeto de severas críticas, pues por intensa que sea la intervención pública en ellas, nunca podrá transformarse en pública su naturaleza privada, ni convertirse los poderes y responsabilidad de la Administración Pública que rige en estos supuestos, en los propios del servicio público en sentido estricto, por lo que no deberían ser consideradas

servicios públicos, ni siquiera en sentido virtual o impropio, sino que se trata solo de servicios o actividades privadas de interés público (Sayagués Laso, Garrido Falla), denominación esta que respeta la naturaleza jurídica privada de la actividad y no confunde ni tergiversa su contenido.

En este orden de ideas, el argumento de mayor peso que se ha invocado, por parte de la doctrina francesa en contra de esta categoría, es su confusión con la idea de interés general o público, ya que el servicio público quedaría definido única y exclusivamente por esta última noción, siendo un criterio demasiado amplio para sustentar su definición (Delvolvé y Rivero).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. IV *Servicio público*, Paredes Editores, Caracas, 2011; AA.VV. *El Nuevo Servicio Público,* VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías, FUNEDA, Caracas, 2002; Brewer Carías, A.R., *Derecho Administrativo*, T. I, Universidad Central de Venezuela – Universidad Externado de Colombia, Caracas, 2005 y "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", en *RDP* Nº 6, 1981; Villar Palasi, J. L., *Derecho Administrativo* y *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964; Cuétara, J. M. De La, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983; Forsthoff, E., *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania,* ENAP, Madrid, 1966; Rolland, L., *Précis de Droit administratif*, DallozParís, 1947; De Laubadère, A., Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif*, T. 1, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; Villar Escurra, J. L., *Derecho Administrativo Especial*, Civitas, Madrid, 1999; Villar Rojas, F. J., *Privatización de servicios públicos,* Tecnos, Madrid, 1993; Lachaume, J. F., *Grands services publics,* Masson, París, 1989; Esplugas, P., *Le service public*, Dalloz, Connaissance du droit, París, 1998; Parejo Alfonso, L., "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos", en *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXXI, Homenaje al Prof. Dr. Ramón Martín Mateo*, T. II (Coord. Francisco Sosa Wagner), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; Rivero, J. y Waline, J., *Droit administratif*, 21ª Ed., Dalloz, París, 2006.

Tema 25. Principios

Sumario: DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: Concepto. Naturaleza. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CLÁSICOS: Principio de igualdad. Principio de continuidad. Principio de mutabilidad. PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS CONTEMPORÁNEOS: Principio de neutralidad. Principio de imparcialidad. Principio de transparencia. Principio de participación. Principio de eficacia administrativa. CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: Servicios públicos constitucionales. Servicios públicos nacionales, estadales y municipales. Servicios públicos domiciliarios. Servicios públicos industriales y comerciales.

DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A. CONCEPTO

§1072. Planteamiento — Una vez delimitada o descrita la categoría de servicio público, debemos proceder a perfilar en sus líneas estructurales el régimen jurídico de ese conjunto de actividades que se califican como tal, y que pese a su heterogeneidad, se caracterizan por la comunidad o similitud de elementos institucionales; si bien se sostiene que es riesgoso hablar de un régimen de los servicios públicos por cuanto no poseería ya más unidad, y no sería exagerado hablar de que cada servicio público tendría su propio régimen jurídico.

En este orden de ideas, para un sector de la doctrina al cual nos adherimos, dicho régimen adquiere el carácter de Derecho de los servicios públicos, por cuanto existe un conjunto de principios y normas que tienen por objeto la organización y funcionamiento de los servicios públicos. A su vez, estaría conformado por principios, normas y reglas de naturaleza pública y, por ende, exorbitantes al Derecho común.

En cuanto a la determinación del ámbito y significados del Derecho de los servicios públicos se utiliza una perspectiva sustantiva, en cuanto se le atribuye un contenido material determinado. Así, la conceptualización del Derecho de los servicios públicos abarca la creación y supresión de estos, el estatuto que rige su prestación; la gestión de los servicios públicos en tanto que medios jurídicos, técnicos o materiales necesarios para su prestación y, por último, el control —administrativo y contencioso— que se origina alrededor de dicha institución.

§1073. Concepto — Por Derecho de los Servicios públicos entendemos el conjunto de principios, normas y reglas que tienen por objeto, la creación, organización, funcionamiento, protección y supresión de los servicios públicos.

Se trata de un estatuto jurídico básico, de una ordenación que, en principio, sería válida para la generalidad de los servicios públicos, sobre cuya base cada servicio público debe adaptar su regulación detallada y diversa a la naturaleza y característica del sector de que se trate. Los elementos de ese Derecho de los servicios públicos se caracterizan; unos por ser esenciales y ineludibles; mientras que otros serán flexibles y admitirán modulaciones y adaptaciones según el sector específico.

B. NATURALEZA

§1074. Técnica de intervención — En la actualidad, la manera de concebir el concepto de la función administrativa, más que una función de ejecución de las leyes, se plantea como una función o modalidad técnica de intervención del Estado en ciertos sectores o áreas determinadas, caracterizada por la aplicación de un régimen jurídico exorbitante al Derecho común, como elemento diferenciador. Además de este régimen jurídico exorbitante al Derecho en común, hemos dicho anteriormente, también se señalan como criterio diferenciador, los procedimientos de Derecho público; esto es, ciertas modalidades de procedimientos que en principio, salvo adjudicación a texto legal expreso, nunca están presentes cuando son los particulares quienes realizan actividades semejantes a lo que pudiera calificarse como una actividad del servicio público. Dichos procedimientos son los privilegios, las prerrogativas de Poder Público o las potestades públicas *strictu sensu*.

§1075. Especificidad — La especificidad de la noción de servicio público más que material es jurídica. Por consiguiente, se pregunta la doctrina si el régimen jurídico aplicable es causa o consecuencia de la noción de servicio público, y cuáles son los efectos jurídicos que origina la calificación de una actividad como servicio público.

§1076. Clasificación — El funcionamiento de los servicios públicos ha generado, en los hechos y en el Derecho, un conjunto de principios que la doctrina se ha esforzado en sistematizar. En particular la doctrina francesa (L. Rolland) elaboró un núcleo duro de principios que se imponen a todos los servicios públicos.

Además, al lado de ese núcleo duro, existe un conjunto de principios complementarios que, sin referirse a todos los servicios públicos, constituye, no obstante, la característica del régimen jurídico de numerosos servicios públicos.

Tales principios se imponen tanto al gestor como a los usuarios del servicio público.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CLÁSICOS

§1077. Introducción — El funcionamiento de los servicios públicos, cualquiera que sea su naturaleza así como sus modalidades de gestión, está sometido a un *corpus* de principios muy diversos, destinado a garantizar la satisfacción del interés público. El denominado Derecho de los servicios públicos deriva de un estatuto jurídico especial, el cual, desde el punto de vista del Derecho comparado, se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de un conjunto normativo sistematizado a la manera de codificación, salvo muy contadas excepciones en el Derecho comparado.

A partir del momento en que el servicio público empezó a entenderse como categoría jurídica, y ante la ausencia de un texto expreso que recogiera todas las reglas y normas atinentes, se fue reconociendo la existencia de ciertos principios fundamentales que son consecuencia de la sistematización elaborada por la doctrina y la labor de la jurisprudencia, sobre la base de la especificidad de cada Derecho positivo, a partir de la legislación vigente en cada país.

§1078. Enumeración — Debemos advertir, de entrada, que existe un desacuerdo en cuanto a la denominación, número, contenido y valor jurídico de cada uno de los principios fundamentales clásicos que rigen el Derecho de los servicios públicos.

Desde ese punto de vista, cabe señalar que existen, alrededor de los servicios públicos, los siguientes principios fundamentales clásicos sistematizados por la doctrina como las "leyes de L. Rolland" así: (i) el principio de igualdad, (ii) el principio de continuidad, y por último (iii) el principio de mutabilidad, los cuales permiten el buen funcionamiento de los servicios públicos, legitimando la acción del Estado. Esta trilogía clásica, consagrada en primer lugar por la doctrina, fue aceptada a su vez tanto por el legislador francés (Véase *Loi* francesa de fecha 26 de julio de 1996, relativa a la regulación de las telecomunicaciones; CPT, Art. L. 35), como consagrada dentro de la regulación (Véase Dir. Postal modificada el 15 de diciembre de 1997) y jurisprudencia comunitaria (Véase CJCE, de fecha 27 d abril de 1994, fallo *Comune D'Almelo*).

A. PRINCIPIO DE IGUALDAD

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

§1079. Planteamiento — El servicio público constituye un ámbito de aplicación del principio de igualdad proclamado por la tradición constitucional. Sin embargo, debemos señalar que la dogmática constitucional y la doctrina en el Derecho comparado se caracterizan por la imprecisión y relatividad sobre lo que debe entenderse como principio de igualdad.

II. PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

§1080. Concepto — El principio de igualdad del servicio público es considerado un corolario del anterior principio de igualdad ante la ley (Véase CC, de fecha 18 de septiembre de 1986, Déc. 86-217 DC Rec. 141) y significa, según la doctrina francesa, que "todas las personas que se encuentran en una situación idéntica frente al servicio público deben ser regidas por las mismas reglas" (M. Long y otros).

Ahora, el referido principio se analiza desde una doble perspectiva: (i) el principio de igualdad ante el servicio público y (ii) el principio de igualdad dentro del servicio público.

1º *Ante el servicio público*

§1081. Concepto — La igualdad de los usuarios ante el servicio público es una necesidad de la sociedad democrática. De ahí que el principio de igualdad ante la ley plantea el problema de su valor jurídico ante el servicio público, lo cual implica vincular a la igualdad ambos principios.

Al respecto, existe una opinión en la doctrina francesa, la cual señala que el principio de igualdad ante el servicio público tiene el carácter de principio general del Derecho. En tal sentido la jurisprudencia francesa reconoció la igualdad de tratamiento entre los usuarios de un mismo servicio público (Véase CE, de fecha 29 de noviembre de 1911, fallo *Chomel, Leb. 1265)* y concluyó en que el principio de igualdad rige el funcionamiento de los servicios públicos (Véase CE, de fecha 9 de marzo de 1951, fallo *Sté des concerts du conservatoire, Leb. 151*) y es por tanto aplicable a todos los servicios públicos, sean administrativos o comerciales e industriales.

§1082. Candidato-usuario — En el caso del candidato a usuario (candidato-usuario) de los servicios públicos, se establece un derecho de acceso igual a todos aquellos que estén en condiciones de acceder a un servicio público (por ejemplo, el servicio público de la electricidad).

Todas las personas que no tienen una relación jurídica previa con el gestor del servicio público son candidatos a ser usuarios del servicio, lo cual ocasiona que el gestor deba tratar de la misma forma a todas las personas con aspiraciones a acceder a la prestación de un servicio público.

2º *Dentro del servicio público*

§1083. Funcionamiento del servicio público — En este sentido se sostiene que una vez que el candidato-usuario ha sido admitido en el servicio público, esto es, convertido ya en un usuario efectivo, y que en la generalidad de los casos es un suscriptor por haber formalizado su relación jurídica mediante la firma del correspondiente contrato de servicio, tiene el derecho a un trato igual o no discriminatorio en las condiciones generales establecidas con anterioridad para el funcionamiento del servicio público de que se trate. En este supuesto, el usuario mantiene una relación jurídica con el gestor del servicio a través de un contrato de servicio, de abono o de afiliación, como indistintamente se lo denomina.

Por tanto, los usuarios tienen derecho al igual funcionamiento del servicio público. Es un principio general del Derecho (Véase CE, de fecha 19 de marzo de 1951, fallo *Soc. de concerts du Conservatoire,* Dr. Soc. 1951, 9368), aplicado primero a los servicios públicos administrativos y después a los servicios públicos industriales y comerciales (Véase CE, de fecha 1 de abril de 1936, fallo *Soc. d'Alcool dénaturé de Coubort,* RDP, 1939, p. 485).

En definitiva, el servicio público debe estar abierto a todos; ya sean usuarios que se encuentren en una situación estatutaria o en una situación contractual.

§1084. Principio de igualdad tarifaria — Por último, tenemos el problema de la igualdad tarifaria en la contraprestación de los servicios públicos. Desde ese punto de vista, si bien rige el principio de igualdad de pago a todos los que se encuentran en las mismas condiciones, ello no impide que el gestor del servicio público proporcione un tratamiento desigual o introduzca un principio de discriminación en materia de la contraprestación del servicio público acudiendo a criterios objetivos (por ejemplo, la pertenencia a un estrato social).

B. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

§1085. Concepto — El principio de continuidad de los servicios públicos es la versión administrativa del principio de continuidad del Estado y por tanto el principio esencial (Rolland), el cual es invocado para justificar numerosas teorías del Derecho administrativo, tales como el privilegio de la decisión

previa, las técnicas para la transferencia de la competencia, la teoría de la imprevisión, etc.

La noción de continuidad es "material, orgánica o institucional" y se concreta en la obligación del Estado o gestor de prestar el servicio público de manera ininterrumpida. Para los exponentes de la Escuela del Servicio Público no es suficiente que el Estado haya creado el servicio público, sino que también tiene la tarea de asegurar la continuidad. Por tanto, la continuidad se convierte en el criterio calificador de lo que es un servicio público.

§1086. Fundamento — El fundamento del principio de continuidad lo encontramos en : (i) el célebre fallo *Winkel* del Consejo de Estado francés (Véase CE, de fecha 7 de agosto de 1909, fallo *Winkell),* en el cual se sostiene que la continuidad es esencial para la vida social y de la acción de los Poderes Públicos, y desde ese punto de vista, los servicios públicos deben ser prestados sin interrupción, sin que exista la posibilidad de una discontinuidad en la prestación del mismo; por tanto, los usuarios estan en la posición de hacer sancionar por el juez su eventual incumplimiento ; y (ii) la satisfacción normal y pronta de las necesidades de los usuarios (Véase CE, de fecha 6 de noviembre de 1985, fallo *Min. des Transports c/ Cie TAT*).

C. PRINCIPIO DE MUTABILIDAD

§1087. Denominación — Por último, entre los grandes principios fundamentales clásicos que conforman lo que se ha llamado la trilogía o las "leyes de L. Rolland", se encuentra principio de mutabilidad, que es mencionado por la doctrina bajo denominaciones diversas: la doctrina francesa lo denomina adaptación, mutabilidad, evolución de funcionamiento eficaz; por su parte la doctrina española lo denomina progreso tecnológico (Meilán Gil).

§1088. Concepto — El principio de mutabilidad significa que tanto la organización como el funcionamiento de los servicios públicos pueden y deben ser adaptados, cada vez que lo impone la evolución de las necesidades colectivas y las exigencias del interés público (Esplugas), tanto en el tiempo (progreso tecnológico) como en el espacio (movimientos de la población), apreciadas por el Poder Público.

De allí que el *desiderátum* del principio de mutabilidad es adaptar los servicios públicos a las necesidades cambiantes de la colectividad; a las nuevas circunstancias de progreso tecnológicas y sociales para continuar cumpliendo su objeto de interés general. La adaptación continua de los servicios públicos descarta, según la expresión de Jèze la petrificación intolerable de los servicios públicos y el despilfarro de los dineros públicos.

§1089. Naturaleza — Para un sector de la doctrina francesa se trata de un principio de naturaleza constitucional en tanto que prolonga el principio de continuidad y que puede ser una condición de la efectividad de ciertos derechos o principios constitucionales (Esplugas), mientras que para otro se ha de defender su reconocimiento como un principio general del Derecho.

§1090. Alcance — Desde el punto de vista del servicio público propiamente dicho, la Administración Pública puede imponerle unilateralmente al gestor, las necesidades de la adaptación tecnológica del servicio público. Es célebre el mencionado fallo *Gas de Burdeos*, donde se le impuso al concesionario la obligación de prestar el servicio de alumbrado eléctrico de la localidad, no a través del gas sino mediante fluido eléctrico.

Por tanto, la Administración Pública puede modificar unilateralmente las cláusulas de todo contrato administrativo que son relativas a la gestión del servicio público, pero solo en la medida en que éste lo exige (Véase, CE, 11 de julio de 1941, fallo *Hópital de Chauny,* Rec. CE, p.129), o en la medida que tales modificaciones resulten útiles para los usuarios (Véase, CE, 27 de febrero de 1974, fallo *Min. des Transpon e/ Bruch,* RDO, 1975, p. 304). Son, en definitiva, las razones de interés público las que rigen la adaptación del servicio público (Art. 39 de la LOAP).

§1091. Derecho positivo — Para el Derecho positivo, la idea básica del principio de mutabilidad consiste en que el interés general es variable, por lo cual el régimen aplicable al servicio público debe ser adaptado a las exigencias cambiantes del interés general (Véase Sent. del TSJ/SPA, de fecha 10 de enero de 2006, caso *Colegio Pestalozzi*).

En mérito a lo antes expuesto se concluye que los principios fundamentales de igualdad, continuidad y de mutabilidad están unidos por el objeto de satisfacer, de la mejor manera, el interés público. Esto último explica también otros principios complementarios aplicables a los servicios públicos, como lo analizaremos a continuación.

PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS CONTEMPORÁNEOS

§1092. Introducción — La doctrina francesa no es conteste en compartir la anterior clasificación tripartita de los principios del servicio público, de allí que otro sector (Lachaume) incluya, al lado de los principios fundamentales clásicos o "leyes de L. Rolland", los denominados principios complementarios contemporáneos que afectan el funcionamiento de los servicios públicos.

En tal sentido, el Derecho positivo francés emitió la circular del Primer Ministro francés de fecha 26 de julio de 1995 relacionada con la preparación y la puesta en funcionamiento de la reforma del Estado y de los servicios públicos (Véase JO, de fecha 28 de julio de 1995, p. 11217, RFDA, 1996, p. 191), donde señala que la reforma debía tener como objetivo darle cuerpo a un conjunto de principios nuevos o virtuales, a los cuales los servicios públicos deberían adaptarse. Ahora, conviene mencionar que la exigencia de dichos principios está, en gran medida, condicionada por la naturaleza del servicio público al cual se pretende aplicar. Es evidente, por tanto, que tales principios no se aprecian de la misma manera según se apliquen a un servicio público administrativo o un servicio público comercial o industrial.

Por último, la jurisprudencia venezolana menciona los principios siguientes: permanencia y continuidad, igualdad, obligatoriedad y onerosidad (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 10 de marzo de 2000).

A. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD

§1093. Concepto — El principio de igualdad del servicio público tiene un corolario: el principio de neutralidad, el cual está referido a la concepción del Estado imparcial. Con ello se quiere significar que el régimen jurídico del servicio público prohíbe que se preste de manera discriminatoria en función de la afiliación u orientación política o convicciones religiosas de los funcionarios o de los usuarios (Véase CC. Déc. nº 86-217, DC, 18 septiembre 1986, fallo *Liberté de Communications,* Rec. 141, AJ, 1987.102).

§1094. Clases — Por otro lado, el principio de neutralidad del servicio público permite asegurar la igualdad de tratamiento de los usuarios y adopta dos manifestaciones: (i) la neutralidad material (el desinterés de los funcionarios) y (ii) la neutralidad intelectual (o de espíritu).

B. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

§1095. Concepto — La imparcialidad del Estado se concibe en su función de árbitro, ya que le corresponde a este dirimir los conflictos o controversias que se presentan en la sociedad y, por tanto, salvaguardar esa posición imparcial del Estado y, por ende, la Administración Pública como lo dispone el Art. 12 de la LOAP.

C. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

§1096. Concepto — Del estado actual del Derecho administrativo se desprende el principio de transparencia de la Administración Pública y por ende de las actividades como la del servicio público. Asegurar la transparencia del servicio público es permitir a quienes entran en contacto con el servicio público

(usuarios, gestores, proveedores, etc.) que se encuentren informados sobre su organización y funcionamiento, y sobre los motivos de las decisiones (técnicas, operativas, económicas, etc.) de las que son destinatarios (LACHAUME).

Se trata de mejorar las relaciones entre las personas y la Administración Pública; de corregir los efectos nefastos y perversos de una relación administrativa esencialmente concebida de manera vertical descendente. Al respecto no deben dejarse de mencionar las reformas importantes que se han introducido para erradicar o, al menos reducir, la "cultura del secretismo" que hoy día caracteriza, en la práctica, al funcionamiento de la Administración Pública en general y de los servicios públicos en particular.

§1097. Derecho positivo — El principio de la transparencia en el Derecho positivo encuentra consagración en normas de muy distinto rango, así: (i) constitucional, cuando se prescribe en la Constitución que la Administración Pública se fundamenta, entre otros, el principio de transparencia (Art. 141); (ii) legislativa con carácter general, al reiterarse que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base, entre otros, en el principio de transparencia (Arts. 10, LOAP y 5 de la LSTA) y finalmente (iii) en la legislación sectorial : agua potable (Arts. 3, letra f; 11, letra k; 17, letra j; letra 26, letra h; 65, letra k; 66; 70, letra g; LOPSAPS).

D. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

§1098. Concepto — Por último, asociar a los usuarios y terceros a la Administración Pública que tienen la responsabilidad efectiva del servicio público y de su gestión, es el objetivo del principio de participación, que va desde: (i) la representación de los intereses específicos en el seno de los consejos de administración o de consulta; (ii) pasando por la intervención real en los procedimientos administrativos de consultas o audiencias públicas; (iii) hasta la organización de grupos de interés que intervienen en el desarrollo y supervisión sobre la gestión y resultados de los servicios públicos respectivos.

§1099. Derecho positivo — La Constitución establece, con rango de derecho fundamental, la obligación de garantizar la participación ciudadana, al punto de que la entiende como uno de los valores fundamentales de nuestro Estado de Derecho.

En este orden de ideas, partiendo del derecho constitucional a la participación ciudadana (Art. 6 de la C) el Derecho positivo recepta las diversas modalidades de participación en los servicios públicos, así: agua potable (Arts. 5, letra h; 11, letra 1; 70, letra 1; 75; 76; 77 LOPSAPS); electricidad (Arts. 34, num. 2, 36, 37 y 41 de la LOSSE); gas doméstico (Art. 68 del RLOHG).

E. PRINCIPIO DE EFICACIA ADMINISTRATIVA

§1100. Planteamiento — La organización del Estado, al igual que otras instituciones u organizaciones sociales, se presenta como respuesta a intereses y aspiraciones comunes de un grupo que pretende desarrollarlas, valiéndose para ello de una estructura y unas reglas, a partir de las cuales se materializan los fines concretos. Así, los servicios públicos, dentro de las actividades de la Administración Pública, constituyen una actividad de prestación de la cual es titular.

Bajo esta consideración, se mencionan dos deberes estatales fundamentales con relación a los servicios públicos: (i) el deber estatal no sólo de prestación sino de la garantía de prestación y (ii) el deber estatal de buen funcionamiento de los mismos.

§1101. Garantía de prestación — Desde el Preámbulo de la Constitución, que de por sí tiene fuerza vinculante, se proyecta el compromiso de un Estado que consolide, entre otros valores, el "bien común".

Por su parte, el Art. 299 de la C, al establecer el régimen socio-económico y la función del Estado en la economía, señala como fines del Estado, el "asegurar del desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad". Ahora bien, la realización efectiva de tales fines estatales implica, muchas veces, la intervención directa del Estado. En tal sentido, no cabe duda que desde el comienzo el Texto constitucional impone un deber de prestación o más propiamente de garantía de prestación de los servicios públicos. Especialmente los que tienen que ver con el desarrollo de la colectividad.

§1102. Buen funcionamiento — En la medida en que el Estado social se legitima en la acción y no en la inhibición pública, el buen funcionamiento de los servicios públicos lo califica o descalifica, pues la actividad de garantía prestacional, aun siendo solo una parte de la actividad administrativa, es de importancia capital dado que estas necesidades sociales, satisfechas de este modo, responsabilizan exclusivamente al Estado, entendido este en su sentido amplio.

Y por último, y no menos importante, el principio de eficacia se encuentra establecido en los Arts. 141 de la C y 10 de la LOAP.

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§1103. Introducción — En el estudio del régimen general de la institución de los servicios públicos, la doctrina nacional (Lares Martínez) resalta, entre otros aspectos, la afirmación de que "hay diversidad de servicios públicos, y no están todos sometidos a un régimen jurídico uniforme", para concluir más adelante que "no puede sostenerse que exista un régimen jurídico uniforme para todos los servicios públicos".

En tal sentido, señalaremos que los servicios públicos se han clasificado desde múltiples puntos de vista o a la luz de diversos criterios políticos, jurídicos, sociológicos, económicos, etc.

§1104. Clasificación — Dentro de la extraordinaria lista posible de criterios de clasificación de los servicios públicos nos limitaremos a las decisivas, así:

- Los servicios públicos constitucionales por oposición a los servicios públicos simplemente legislativos.
- Servicios públicos nacionales, estadales y municipales según el carácter del titular y ámbito de aplicación.
- Servicios públicos domiciliarios.
- Y por último los servicios públicos servicios públicos industriales y comerciales, según el régimen jurídico y el grado de aplicación de las normas y principios del Derecho público.

A. SERVICIOS PÚBLICOS CONSTITUCIONALES

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§1105. Concepto — La noción de servicio público que ha sido una noción forjada por el Consejo de Estado francés, también ha sido remodelada a nivel constitucional por el Consejo Constitucional francés, quien ha extraído del interior de la noción de servicio público, una nueva categoría de servicios exigidos por la Constitución francesa y denominados servicios públicos constitucionales, calificación que ha sido receptada por la doctrina francesa (Chapus), y que va a comportar consecuencias jurídicas muy precisas.

El interés de la nueva categoría jurídica resulta de una distinción que se establece entre, por un lado, los servicios públicos simplemente legislativos cuya creación o supresión, principalmente por la vía de la privatización, es posible; y por otro, los servicios públicos exigidos por la Constitución (Véase CC, Déc. 88-232 DC, de fecha 7 de enero de 1988, Rec. 17), cuya transferencia al sector privado está prohibida.

§1106. Criterios — El concepto de servicio público constitucional está fundado sobre los tres criterios siguientes: (i) la voluntad del Poder constituyente; (ii) una actividad de interés público; y por último (iii) gestionada por una persona pública a nivel nacional.

§1107. Voluntad del Poder constituyente — Es sabido, de manera tradicional, que la declaración del Poder Público es requerida para que se pueda calificar a una actividad como servicio público. En el caso de los servicios públicos constitucionales, es la voluntad del Poder constituyente la que determina la obligación constitucional del funcionamiento del servicio público de que se trate.

Por tanto, a nivel constitucional surge una *summa divisio* entre servicios públicos cuya existencia es exigida por la Constitución, y los servicios cuya existencia es dejada a la libre discreción del legislador.

§1108. Interés público — Para poder ser calificado de servicio público constitucional, la actividad debe ser de interés público. Tal es lo que acontece, según lo analizaremos en su oportunidad, con la noción de servicio público *strictu sensu*.

§1109. Nivel nacional — Una consecuencia de orden orgánico deriva de la naturaleza de los servicios públicos constitucionales y es que los mismos están estrechamente ligados al Estado. Son necesariamente servicios públicos nacionales, es decir, asumidos por el Estado.

Sin embargo, lo contrario no es correcto, no todos los servicios públicos nacionales son servicios públicos constitucionales (Véase CC, Déc. nº 96-380 Dc, fallo *Entreprise nationale France Telecom*, Rec. CC, p. 107). Por otro lado, el resultado principal de la existencia de este concepto es que son servicios públicos nacionales que no pueden ser objeto de transferencia al sector privado y, por ende, deben ser gestionados por una persona pública.

§1110. Clases — A interior de los servicios públicos constitucionales, existe una clasificación por la cual, según admitan o no la existencia de su gestión por parte del sector privado, serían calificados como de primer tipo o segundo tipo, o de primer rango o segundo rango, y donde el fundamento, paradigmáticamente, es el juego o rol de los derechos o libertades fundamentales para la determinación de las modalidades de su ejercicio.

Ahora, si bien el CC francés aplica a todos los servicios públicos los grandes principios fundamentales (Véase CC Déc 96-380 DC, de fecha 23 de julio de 1996, Rec. 107.) y no le impone la gestión pública a la segunda categoría.

§1111. Servicios públicos de primer rango — La existencia de bases constitucionales diferentes conducirá a la doctrina francesa a distinguir, entre los servicios públicos constitucionales de primer rango, aquellos vinculados a las funciones de garantía de la soberanía del Estado y comprendería los servicios públicos garantes de: (i) la seguridad y el orden público (por ejemplo, las fuerzas armadas, la policía judicial y penitenciaria, etc.); (ii) la soberanía económica y financiera del Estado (por ejemplo, el servicio público de la moneda y el servicio público fiscal); por último y la soberanía externa del Estado (por ejemplo, el servicio público diplomático y el servicio público del asilo político).

§1112. Servicios públicos de segundo rango — Es sabido que las Constituciones proclaman derechos fundamentales de naturaleza económica y social, los cuales demandan, en vista de su materialización, la intervención del Estado, principalmente mediante la prestación de los denominados servicios públicos constitucionales de segundo rango.

En tal sentido, los servicios públicos constitucionales serán calificados de segundo rango, en la medida en que el ejercicio de los derechos fundamentales de naturaleza económica y social (*droits-créances*) autoriza, bajo ciertas condiciones, con el título de gestor o de concurrente, la intervención por parte ya sea de las colectividades locales, ya de establecimientos públicos o, en fin, de personas privadas.

En este orden de ideas es posible realizar, a su vez, una división de los servicios públicos constitucionales de segundo rango así: (i) los servicios públicos de protección de la economía nacional (por ejemplo, los servicios públicos de electricidad, transporte, gas, etc.); los servicios públicos de protección de la vida intelectual (por ejemplo, los servicios públicos de la formación profesional, de la cultura y de la educación, etc.) y por último los servicio públicos de protección de la vida material (por ejemplo, los servicios públicos de protección de la salud, de la seguridad social, del turismo, etc.).

II. DERECHO POSITIVO

§1113. Admisión — En la doctrina venezolana (Araujo-Juárez, Brewer-Carías) también se ha receptado la categoría de los servicios constitucionales. En efecto, la existencia de diversas normas en la Constitución, sobre servicios públicos, permite a la doctrina (Brewer-Carías) identificar tres grupos de servicios públicos constitucionales por oposición a los creados por ley formal, según su vinculación a: (i) los derechos de la Nación; (ii) los fines del Estado y por último, (iii) los derechos y libertades individuales.

§1114. Servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación — Son aquellos que la Constitución declara como derechos irrenunciables de la Nación, es decir, de toda persona e instituciones, vinculadas a la soberanía y que origina la obligación del Estado de resguardarla, y por tanto exclusivos del Estado, y en muchos casos excluyentes, tales como: (i) el servicio público de defensa y seguridad –la Fuerza Armada Nacional– (Art. 322, 328 y 156, nums. 2, 7 y 8); (ii) el servicio público exterior y diplomático (Arts. 152, 156, num. 1 y 152); y por último (iii) el servicio público de promoción y ordenación de la economía (Arts. 112, 299, 308, 309 y 310).

§1115. Servicios públicos vinculados a los fines del Estado — El Estado tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, para lo cual se establecen los siguientes servicios públicos: (i) los de seguridad y protección ciudadana, como son la policía y la administración de riesgos (Art. 55); (ii) el de justicia (Art. 26) y de defensa pública (Art. 268); (iii) los de protección ambiental (Arts. 127 a 129); (iv) los sociales como la asistencia y protección social (Arts. 75 a 81), (v) de salud y sanidad (Arts. 83, 84 y 85) (vi) de seguridad (Art. 86); (vii) educación (Art. 102); (viii) vivienda (art. 82); (ix) de empleo (Art. 87), (x) culturales (Art. 98 a 101), (xi) deportivos y de recreación (Art. 111).

§1116. Servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales — El último grupo de servicios públicos constitucionales se configura por aquellas actividades prestacionales impuestas al Estado para garantizar el ejercicio de los derechos individuales, así: (i) los servicios públicos para la circulación (Art. 50), tales como la vialidad (Art. 156, num. 27), el transporte (Art. 156, num. 26); (ii) los servicios públicos para las comunicaciones (Art. 48), tales como la información (Arts. 58, 101 y 108); (iii) los servicios públicos para la calidad de vida, tales como los servicios públicos domiciliarios (Art. 156, num. 29) y, finalmente, (iv) los servicios públicos e intervención del Estado en la economía (Arts. 112, 115 305, 308, 309 y 310).

B. SERVICIOS PÚBLICOS NACIONALES, ESTADALES Y MUNICIPALES

§1117. Plan — Otra forma de clasificación del estado actual, con respecto al Derecho positivo, se refiere al nivel del Poder Público al que corresponde la titularidad, el control y la gestión del servicio público de que se trate, conforme al cual se agrupan en: (i) los servicios públicos nacionales; (ii) los servicios públicos estadales; y por último (iii) los servicios públicos municipales.

§1118. Servicios públicos nacionales — Cuando la titularidad, regulación y control de los servicios públicos están a cargo del Poder Público Nacional, se habla de servicios públicos nacionales, por su índole o naturaleza, pudiendo citarse, entre otros, los servicios públicos domiciliarios de electricidad y de gas con fines domésticos.

§1119. Servicios públicos estadales — Esta categoría de servicio público está bajo la titularidad y control de los estados federales, los cuales tienen competencia para la creación, régimen y organización de los servicios públicos estadales (Arts. 164, núm. 8, y 184, núm. 6, C), así como de aquellos que, siendo de la competencia nacional, se le transfieren según el Art. 158, C, a los fines de promover la descentralización, entre los que se puede mencionar el servicio público de autopistas y de puertos.

§1120. Servicios públicos municipales — Muchos servicios públicos están a cargo de los municipios. En efecto, según la LOPPM (Art. 56), los municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podrán promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos municipales contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad.

Así, el municipio atiende, entre otros, los servicios públicos domiciliarios de agua potable y de saneamiento, de alumbrado público, de aseo urbano y domiciliario, de transporte colectivo de pasajeros, de mercados y mataderos locales, de cementerios y servicios funerarios, etc. (Arts. 178 y 184, núm. 6 de la C), cuyo régimen es analizado en profundidad por la doctrina nacional.

§1121. Servicios públicos concurrentes — En ciertos casos, la prestación de los servicios públicos es de competencia concurrente (servicios públicos concurrentes), en cuanto los Poderes Públicos pueden participar en la gestión de los mismos, lo cual plantea serios problemas de delimitación, que deberán ser resueltos por las leyes de armonización y donde existe una regulación, como ha sido el caso del servicios públicos domiciliarios de gas y electricidad.

C. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

§1122. Planteamiento — La importancia de los servicios públicos domiciliarios y su incidencia en el desarrollo no solo de la Administración Pública y el Derecho administrativo, sino también en la calidad de vida y el desarrollo de la sociedad, ha sido motivo de importantes trabajos en el Derecho administrativo comparado (L. F. Moreno).

En efecto, tanto en lo individual como en lo colectivo, la adecuada prestación de los servicios públicos determina la calidad de vida, pues se afecta en

forma directa la existencia. No es posible hablar de bienestar social, sin una adecuada prestación de los servicios públicos y, asimismo, no será posible emprender proyectos exitosos de producción de bienes y servicios si no se dispone de una adecuada infraestructura de servicios públicos.

Es así como el tema de los servicios públicos domiciliarios se hubo desarrollado también en el Derecho positivo y según la doctrina, de la misma forma, varió la misión del Estado en materia de servicios públicos al considerar que su papel principal era el de garantizar su prestación, por el propio Estado, por los particulares o por las comunidades organizadas, y solo prestarlo.

§1123. Concepto — Si bien el articulado de la Constitución vigente hace relación a los servicios públicos de modo general (Arts. 365 a 370), también lo hace en algunas disposiciones, de manera específica, a una especie de ellos, los servicios públicos domiciliarios (Arts. 367, 368, 370 y 369 inc. 2º *eiusdem*), que son los que se prestan, a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales que son las viviendas o sitios de trabajo.

Se distingue, de este modo, una especie dentro del género de los servicios públicos calificados como domiciliarios, y si bien no se los define, se les atribuye una importancia singular, pues no solo se hace referencia específica a los mismos, sino que se dispone una estructura general y normativa para que sea desarrollada por el legislador.

D. SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

I. INTRODUCCIÓN

§1124. Origen — El origen de esta categoría de servicios públicos es la interpretación efectuada por la doctrina francesa en relación con el fallo del Tribunal de Conflictos francés conocido como fallo *Remolcador D' Eloka* (Véase TC, de fecha 22 de enero de 1921, fallo *Sociedad comercial del Oeste Africano*), el cual explotaba los servicios de transporte de pasajeros y de vehículos de una orilla a otra, en Costa de Marfil, fallo de cuya interpretación se deduce que algunos servicios son, por naturaleza, de la esencia misma del Estado o de la administración pública; es necesario que el principio de separación de los poderes garantice su pleno ejercicio, y su contencioso será de competencia administrativa. Otros servicios, por el contrario, son de naturaleza privada, y si son prestados por el Estado, solo lo son en forma ocasional o accidental, porque ningún particular se encargó de prestarlos y es importante garantizarlos, velando por el interés general; los conflictos que ocasione su explotación competen, naturalmente, a la jurisdicción de Derecho común.

La novedad del fallo *Remolcador D' Eloka* consistió en la aplicación del Derecho privado a servicios públicos integrales, tomados en su conjunto o en bloque; se hablará entonces de servicios públicos industriales y comerciales para oponerlos, en la terminología habitual muy poco satisfactoria, a los servicios públicos administrativos (o servicios públicos propiamente dichos) (Long y otros).

§1125. Concepto — Se trata de una categoría que acredita la idea de que, en tanto servicio público, la actividad industrial y comercial asumida por una persona pública debe estar sometida a un régimen de Derecho público; pero de otra parte, las relaciones con los agentes o empleados o con los usuarios, así como los contratos que se suscriban, están sometidos al Derecho privado.

Esto último obedece a una justificación ideológica clásica: cuando la intervención pública se hace dentro del terreno del mercado de la libre competencia, debe ser realizada sobre un mismo pie de igualdad que las personas según las reglas del Derecho privado.

§1126. Derecho positivo — La doctrina nacional (Lares Martínez) introduce por primera vez la clasificación de los servicios públicos, desde el punto de vista de su naturaleza, así: (i) los servicios públicos administrativos y (ii) los servicios públicos industriales y comerciales; distinción esta que se inscribe en la elaboración de las grandes teorías del Derecho administrativo.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§1127. Planteamiento — Como consecuencia de una evolución firme y cuyo origen se remonta –hemos dicho– al fallo *Transbordador de Eloka*, los servicios públicos industriales y comerciales, según la doctrina francesa (De Laubadère), están sometidos a un régimen jurídico profundamente diferente de aquel al que lo están los servicios públicos administrativos; así, se tratará de un régimen mixto, en el cual se encuentran combinados tanto elementos del Derecho privado por el carácter comercial de la actividad, como elementos del Derecho público justificados por la idea de servicio público; de ello resulta que el contencioso también es mixto, mitad judicial-mitad administrativo.

Sin embargo, la jurisprudencia progresivamente ha sometido, cada vez más, el régimen jurídico de los servicios públicos industriales y comerciales al Derecho privado y a la competencia de los tribunales comunes. Por su parte, De Laubadère concluye que se puede decir que el Derecho privado prevalece hoy día de manera amplia, si bien no juega un papel exclusivo. En este sentido, se observa que, contrariamente a ciertas afirmaciones, el Derecho privado no ha invadido totalmente los servicios públicos industriales y

comerciales, pues la presencia de la noción de servicio público impide una exclusión integral del Derecho administrativo.

§1128. Plan — Son diversos los criterios tomados en cuenta para caracterizar al servicio público industrial y comercial, así: la naturaleza; (ii) el origen de los recursos y, por último, (iii) las condiciones de funcionamiento.

§1129. Naturaleza de la actividad — El primer criterio tomado en cuenta por el Consejo de Estado francés es el del objeto o la naturaleza de la actividad: la naturaleza propia de la actividad del servicio le atribuirá el carácter administrativo o industrial y comercial, según sea el caso.

Así, las actividades administrativas por naturaleza son aquellas que pertenecen al dominio normal de acción del Poder Público; las actividades que tienen por naturaleza un carácter industrial y comercial son aquellas que pertenecen normalmente a la acción privada, y de las que el Poder Público no se ocupa más que de forma accidental. Así, el servicio debe ser asimilable al de las empresas privadas, lo cual no implica solo que su objeto sea económico (producción o intercambio), sino que, además, presente las mismas características que aquellas actividades de la empresa privadas.

§1130. Origen de los recursos — El otro criterio tomado en cuenta por la jurisprudencia francesa ha sido el origen de los recursos o remuneración. Si existe explotación en las mismas condiciones que un empresario privado entonces sería un servicio público industrial y comercial, ya que existe una remuneración.

Además, la jurisprudencia ha indagado la causa jurídica de la remuneración, así como el régimen de la misma, para proceder a la distinción entre servicios públicos administrativos e industriales y comerciales, como veremos más adelante.

§1131. Condiciones de funcionamiento — Por último, el Consejo de Estado francés se hubo orientado poco a poco hacia un nuevo criterio: será industrial y comercial el servicio público explotado en condiciones idénticas a aquellas en las cuales funciona una empresa privada.

Por el contrario, cualquiera que pudiera ser la naturaleza económica de su objeto, el servicio público será administrativo si opera bajo reglas de organización y funcionamiento, con rasgos que presentan un carácter exorbitante y administrativo (Véase CE, de fecha 23 de mayo de 1924, fallo *Sociedad "Fletadores Unidos"*, Rec. 498).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. IV. *Servicio Público,* Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV., *Los Servicios Publicos Domiciliarios,* Director. Víctor R. Hernández-Mendible, EJV-CERECO-FUNEDA, Caracas, 2012; Brewer Carías, A. R., "Los servicios públicos constitucionales", en *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* y *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano,* T. I, EJV, Caracas, 2004; Rolland, L., *Droit administratif,* París; De Laubadère, A., Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif,* T. I, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; Hernández-Mendible, V., "El Régimen de los Servicios Públicos Municipales", *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani,* TSJ, Caracas, 2002; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013, Moreno, L. F., *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas de Derecho económico,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Meilán Gil, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo,* IUSTEL, Madrid, 2011 y *Progreso tecnológico y servicios públicos,* Thomson-Civitas, Madrid, 2006; Lachaume, J. F., *Grands services publics,* Masson, París, 1989; Esplugas, P., *Le service public,* Dalloz, Connaissance du droit, París, 1998; Sosa Wagner, F., *Plan gestión de los servicios públicos municipales,* Civitas, Madrid, 1992; Villegas Moreno, J. L., *Derecho Administrativo Municipal,* Ed. Sin Límite, San Cristóbal, 2007.

Tema 26. Modos de Gestión

Sumario: PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN: Introducción. Clasificación. TEORÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA: Gestión pública directa. Gestión pública indirecta. TEORÍA DE LA GESTIÓN DELEGADA. Habilitación administrativa. Concesión de servicio público. Arrendamiento de servicio público. Contrato de gerencia. Concierto.

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN

A. CONCEPTO

§1132. Planteamiento — El principio, en materia de elección de los modos de gestión de los servicios públicos es la libertad, pues el margen de apreciación por parte de la Administración Pública es considerable, a pesar de ciertas limitaciones.

Sin embargo, las reglas que enmarcan la elección de la persona pública que tiene la responsabilidad de garantizar la misión de servicio público, pueden ser fijadas por la ley para un servicio en particular, o resultar del conjunto de la legislación. De ahí que lo primero que debemos analizar es el principio de la libertad determinación o de la libertad de elección de los modos de gestión, dentro de la teoría de la gestión del servicio público.

§1133. Contenido — La libertad de elección es doble: (i) la autoridad administrativa tiene libertad para elegir confiar a un tercero por delegación la gestión de un servicio público, más que conservar a este último en gestión directa ("*régie*") y (ii) una vez elegido el modo de delegación, el contratista es elegido *intuitu personae*, salvo excepción, si bien hoy día ya no es absoluta, al estar enmarcada en numerosos procedimientos administrativos destinados a garantizar la transparencia y la igualdad en la celebración de los diversos contratos de delegación.

B. CLASIFICACIÓN

§1134. Planteamiento — El principio de libertad de elección de los modos de gestión, cuando este no le es impuesto por la ley a la persona pública responsable, se encuentra en el plano jurídico dentro de los límites siguientes: (i) la gestión directa o no y (ii) un gestor público o privado. Pero, a partir de ahí, las modalidades posibles de gestión del servicio público hoy son variadas y alternativas. Sin embargo, esta diferenciación comporta ciertos equívocos.

§1135. Clases — La doctrina distingue entre los modos de gestión de los servicios públicos así: (i) la teoría de la gestión pública y (ii) la teoría de la gestión delegada de los servicios públicos. Desde este punto de vista, cabe la posibilidad de hacer una clasificación moderna de los modos de gestión del sistema de prestación de los servicios públicos.

TEORÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA

§1136. Concepto — La gestión pública se produce cuando la Administración Pública cumple, ella misma, una actividad o gestiona un servicio público utilizando prerrogativas exorbitantes al Derecho común que posee en su condición de *puissance publique*; o de manera más general, cuando emplea un Derecho especial que no se da, o que no tiene paralelo en el ámbito de la actividad de los personas sometidas al Derecho privado.

§1137. Clases — La doctrina distingue dentro de los modos de la gestión pública, a su vez: (i) las indiferenciadas (es decir, la gestión directa *strictu sensu)* y (ii) las diferenciadas, atendiendo al hecho de que el gestor público tenga o no personalidad diferenciada.

Finalmente, la doctrina española (García De Enterría) propuso distinguir en los modos de gestión directa entre: (i) las indiferenciadas (gestión directa *strictu sensu*) y (ii) las diferenciadas, fuera esta puramente orgánica, patrimonial o mixta. Este esquema sigue siendo, en términos sustanciales, válido en nuestro país.

A. GESTIÓN PÚBLICA DIRECTA

§1138. Concepto — La gestión pública directa es aquella en la que la Administración Pública asume el servicio público por sus propios medios. En este caso, se elimina todo tipo de actividad privada en el servicio público y, especialmente, se suprime la figura del concesionario.

§1139. Clases — Dentro de la gestión pública directa se distinguen a su vez los modos siguientes: (i) el órgano indiferenciado y (ii) el órgano especial.

§1140. Gestión pública por órgano indiferenciado (centralizado) — Esta modalidad aparece como sinónimo de gestión pública y como modo normal de ejecución del servicio público por la persona pública.

Esto es, a través de cualquiera de sus órganos preexistentes, la Administración Pública asume la gestión del servicio público sin que ello suponga alteración alguna de la estructura ordinaria, ni diferenciación de los demás órganos que no gestionan servicios públicos, sino funciones públicas o servicios

administrativos o burocráticos, como puede ser el caso de que se encomiende a una unidad o dependencia administrativa (por ejemplo, una dirección dentro de la estructura de un ministerio.

§1141. Gestión por órgano especial: principio de desconcentración — De conformidad con el Art. 31 de la LOAP, con el objetivo de acercarse a las personas y mejorar el servicio público prestado, la Administración Pública podrá adaptar su organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y territorial, transfiriendo atribuciones de sus órganos superiores a sus órganos inferiores, mediante acto normativo de conformidad con la LOAP (principio de desconcentración).

En estos casos, la persona jurídica, en cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado, será responsable patrimonialmente por el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios públicos que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la gestión del servicio público correspondiente (Art. 31, LOAP). Esta adaptación se refleja fundamentalmente en la autonomía de los elementos siguientes: administrativa, financiera, presupuestaria y de gestión, como puede ser el caso de los servicios desconcentrados (Art. 93 de la LOAP).

§1142. Servicios desconcentrados sin personalidad jurídica — Con el propósito de obtener recursos propios, producto de su gestión, para ser afectados al financiamiento de un servicio público determinado, el Presidente de la República, mediante el reglamento orgánico respectivo, en Consejo de Ministros, podrá convertir unidades administrativas en órganos desconcentrados (Art. 93, LOAP).

Sin embargo, la LOAP condiciona la creación de los mismos solo a los supuestos de prestación de servicios públicos a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de recursos propios para ser afectados a la prestación de un servicio (Art. 93, *eiusdem*).

§1143. Administración de misión — Esta forma de Administración Pública es distinta de la Administración Pública de gestión estructurada y permanente, puesto que frente a necesidades en principio permanentes (justicia, correos, educación, salud, etc.), las denominadas Administraciones de misión responden a la preocupación de atender un ámbito dado, con un objetivo bien definido, y una vez alcanzado la organización administrativa creada a tal fin debe desaparecer. Tal modalidad de Administración Pública de misión, encargada de la realización de un objeto preciso al momento de su creación, tiene, naturalmente, vocación a desaparecer un vez alcanzado el objetivo.

B. GESTIÓN PÚBLICA INDIRECTA

§1144. Concepto — El Derecho positivo consagra el principio de descentralización funcional, en el sentido de que los titulares de la potestad organizativa pueden crear entes descentralizados funcionalmente para la realización de actividades sociales o empresariales, cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución (Art. 300, *eiusdem*) y en la LOAP (Art. 29, *eiusdem*).

§1145. Clasificación — La forma de gestión pública indirecta admite la intervención de un ente descentralizado funcionalmente que da lugar a la clasificación siguiente: (i) con forma de Derecho público (por ejemplo, un instituto autónomo) o (ii) con forma de Derecho privado (por ejemplo, la empresa del Estado).

§1146. Gestión por ente descentralizado con forma de Derecho público — La noción de establecimiento público, creada a finales del siglo XIX, se fundamenta en la noción de personería jurídica y la misión de servicio público. Con esta denominación fueron conocidos en nuestro país, tanto en nuestra doctrina como en la legislación común (Art. 19 del CC), si bien en este caso, sin precisión sobre las consecuencias jurídicas de tal denominación.

Esta modalidad está referida a la gestión descentralizada o descentralización funcional mediante entes dotados de personalidad jurídica propia y diferenciada, denominados hoy día por el Derecho positivo como institutos públicos, consistentes estos en personas jurídicas de Derecho público de naturaleza fundacional, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en la ley (Art. 96, LOAP), así como los institutos autónomos (Arts. 142 de la C, y 101 de la LOAP).

§1147. Gestión por ente descentralizado con forma de Derecho privado — Finalmente, hay que señalar que la tendencia a darle un mayor carácter empresarial a la gestión de los servicios públicos, ha originado otra forma de gestión indirecta a través de sociedades mercantiles: las empresas públicas o denominadas por el Derecho positivo como empresas del Estado, cuyo amplio tratamiento se hizo en el Tema 15.

TEORÍA DE LA GESTIÓN DELEGADA

§1148. Introducción — Además de la gestión pública se plantea lo que se conoce como la teoría de la gestión delegada o delegación de servicios públicos.

El término se utiliza, por primera vez, en la doctrina (J. M. Auby), luego receptada por las circulares administrativas y después por la jurisprudencia

administrativa (Véase CE, de fecha 15 de mayo de 1994, fallo *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Doua*i, Re., tables, p. 1033.) y, por último, por la literatura jurídica y financiera francesa.

§1149. Concepto — La gestión delegada se da cuando la Administración Pública confía o (para emplear un término más técnico) delega la ejecución o gestión de un servicio público a un establecimiento público o a una persona de Derecho privado (CHAPUS).

La participación de personas privadas en la gestión de los servicios públicos no es nueva. Ya durante el siglo XIX las personas privadas que revestían el carácter de sociedades comerciales gestionaban, en virtud de un contrato denominado concesión, actividades que más tarde serán calificadas de servicios públicos industriales y comerciales, luego del mencionado fallo *Sociedad Comercial del Oeste Africano*. Posteriormente, la jurisprudencia francesa admite que se puede confiar a una persona privada la gestión de un servicio público de carácter propiamente administrativo (Véase CE, 13 de mayo de 1938, fallo *Caisse Primaire "Aide et Protection",* Rec. 417, D. 1939.3.65).

A. HABILITACIÓN ADMINISTRATIVA

§1150. Planteamiento — La gestión de las actividades de servicio público no puede ser confiada sin forma ni condición a cualquier gestor del sistema jurídico. De ahí que el principio básico en la materia es el de la habilitación administrativa.

Si la persona pública responsable del servicio público decide gestionarlo por sí misma, con sus propios elementos personales y materiales, dicha habilitación administrativa no es necesaria. Pero si, por el contrario, la gestión se delega a otra persona, pública o privada, la habilitación administrativa es necesaria. Por tanto, los modos de gestión delegada suponen, obligatoriamente, la existencia de una habilitación administrativa para gestionar el correspondiente servicio público, la cual puede ser: (i) habilitación estatutaria o legal; y (ii) habilitación contractual.

§1151. Habilitación estatutaria o legal — Esta modalidad se caracteriza por lo siguiente: una persona privada, pudiendo ser creada por iniciativa de la persona pública, es unilateralmente encargada, y de manera directa, de la gestión del servicio público. El ejemplo típico es aquel donde el legislador en la ley crea, a la vez, el servicio público y el ente privado encargado de su ejecución.

§1152. Habilitación contractual — Las formas de habilitación contractual son las más antiguas frecuentemente empleadas por el Estado, si bien gozan

de un interés reciente y renovado. En efecto, la gestión del servicio público puede ser delegada por una persona pública (delegante) a otra persona, física o jurídica, pública o privada (delegatario), según surja de la regulación de Derecho positivo, sobre la base de un contrato de la Administración Pública.

Ahora, ese contrato, cualquiera que fuera el procedimiento, la forma, la denominación, las cláusulas, presenta una naturaleza administrativa, porque por su objeto se delega a una persona privada la ejecución directa de una misión de servicio público, lo que implica, en principio, quedar sometidos al régimen jurídico público de los contratos administrativos ya analizados.

§1153. Clasificación — Los modos de gestión delegada son diversos. Sin embargo, uno es preponderante: (i) la concesión de servicio público, en relación con el cual será posible también definir y situar los otros modos de gestión delegada, pues la teoría de los servicios públicos, puede decirse, se ha ido formando al compás de la evolución de la técnica concesional y los demás modos son: (ii) el arrendamiento de servicio público; (iii) el contrato de gerencia y, por último, (iv) el concierto.

B. CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

§1154. Concepto — Pero, ¿qué es, en sí, la concesión de servicios públicos hoy día? Es una categoría específica englobada, a su vez, en la categoría genérica denominada concesión administrativa, y esta hace referencia, sencillamente, a la delegación que realiza una persona pública a otra persona –pública o privada– de una esfera de actuación originariamente administrativa.

En otras palabras, si la concesión administrativa constituye un título jurídico habilitante por el que el gestor puede actuar, por derecho propio, en áreas reservadas a la persona pública. La concesión de servicios públicos es el modo de gestión de servicios públicos según el cual una persona pública (concedente) delega a otra persona –pública o privada– (concesionario), mediante un contrato administrativo celebrado con esta, para hacer funcionar el servicio público mediando una remuneración percibida de los usuarios y determinada por los resultados financieros de la gestión.

§1155. Naturaleza jurídica — La concesión de servicios públicos es, a nuestro juicio, y a diferencia de un sector importante de las doctrina que milita ya sea por la naturaleza contractual o mixta –cuando se pretende con ello calificar la presencia de cláusulas reglamentarias–, una modalidad de gestión de naturaleza unilateral (Araujo-Juárez) como lo sustenta un sector, también importante, de la doctrina italiana, si bien debe aclararse que no todos los títulos concesionales tienen el mismo alcance, pues en el curso de la evolución de tal concepto se han precisado algunos tipos o especies de concesiones de

naturaleza contractual que se otorgan mediante convenio o contrato (Véase Sent. del TSJ/SC: 8-12-2000, Nº 1.556).

C. ARRENDAMIENTO DE SERVICIO PÚBLICO

§1156. Planteamiento — La figura del arrendamiento de servicio público (*affermage*) es una modalidad de gestión delegada de contornos poco precisos, que tiene por objeto remediar ciertos inconvenientes de la concesión administrativa, al permitir acrecentar los poderes de supervisión del gestor y asegurar la continuidad del servicio público.

El arrendamiento es pues una modalidad de delegación de la gestión de un servicio público que se puede considerar similar a la concesión administrativa.

§1157. Concepto — Es un contrato administrativo por el cual la persona pública responsable del servicio público (arrendador) delega en un tercero llamado arrendatario (*fermier*) la administración del servicio público en concreto, eventualmente gracias a obras que le entrega, a cambio del pago a dicha persona pública de una remuneración deducida del canon abonado por los usuarios (Guglielmi).

En un principio podía parecer que se trata de un arrendamiento de los servicios de la persona privada cuando en realidad no es así (De La Cuetara).

D. CONTRATO DE GERENCIA

§1158. Concepto — Existe otro modo de gestión delegada muy cercana a la gestión interesada (*regie*) y que se llama contrato de gerencia, en virtud del cual la persona pública delega el cuidado de gestionar por su cuenta un servicio público a un tercero (gerente).

§1159. Naturaleza — La doctrina francesa, cuando se planteó el debate sobre las consecuencias de la remuneración sobre la naturaleza del contrato de gerencia, se demandó si el contrato de gerencia era bien una delegación de servicio público o si constituía un contrato público de suministros.

En tal sentido, el CE francés procedió a calificar el contrato de gerencia como un verdadero contrato público de suministros (Véase CE, de fecha 15 de abril de 1996, fallo *Prefét de la Creuse*, Leb. 611), y más tarde lo confirmó la jurisprudencia (Véase CE, de fecha 7 de abril de 1999, fallo Cne de Guilherand-Granges, Req. Nº 156008; AJDA, 1999, p. 519).

E. CONCIERTO

§1160. Concepto — Por último, tenemos la figura del concierto que aparece regulada tanto en la legislación estatal de los contratos como en el régimen local españoles para hacer frente a los servicios públicos sociales o asistenciales (Villar Ezcurra).

De acuerdo con la doctrina española, el concierto es un contrato de gestión de servicios públicos en el que no se crea ninguna persona jurídica nueva y por el que una persona pública y otra persona –pública o privada– que realiza una actividad similar, se ponen de acuerdo en cuanto a los medios y formas de prestación que cada uno aporta para la gestión del servicio público (De La Cuetara).

§1161. Naturaleza — La figura del concierto le permite a la Administración Pública convenir con una persona -natural o jurídica- la prestación de un servicio público, siempre que esa persona realice como propio de su giro o tráfico las prestaciones caracterizadas de ese servicio público (Sosa Wagner).

Finalmente, a diferencia de la figura del arrendamiento, en la gestión mediante concierto es la Administración Pública quien aprovecha los bienes o instalaciones que tenga la persona privada para la prestación de la actividad, limitándose aquella únicamente a otorgarle la condición jurídica de gestor del servicio público (Villar Ezcurra).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. IV *Servicio Público*, Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV., *Los Servicios Publicos Domiciliarios*, Director. Victor R. Hernández-Mendible, EJV-CERECO-FUNEDA, Caracas, 2012; Brewer Carías, A. R., "Los servicios públicos constitucionales", en *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, y *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T. I, EJV, Caracas, 2004; De Laubadère, A., Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif*, T. 1, 14ª Ed., LGDJ, París, 1996; Esplugas, P., *Le service public*, Dalloz, Connaissance du droit, París, 1998; Hernández-Mendible, V., "El Régimen de los Servicios Públicos Municipales", *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, TSJ, Caracas, 2002; Lachaume, J. F., *Grands services publics,* Masson, París, 1989; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, XIV Ed., Caracas, 2013, Meilán Gil, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, Madrid, 2011 y *Progreso tecnológico y servicios públicos,* Thomson-Civitas, Madrid, 2006; Moreno, L. F., *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas de Derecho económico,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Rolland, L., *Précis de Droit administratif*, Dalloz, París, 1947; Sosa Wagner, F., *Plan gestión de los servicios públicos municipales,* Civitas, Madrid, 1992*;* Villegas Moreno, J. L., *Derecho Administrativo Municipal,* Ed. Sin Límite, San Cristóbal, 2007.

QUINTA PARTE

LA TEORÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

LECCIÓN 8. FUNCIÓN PÚBLICA

Tema 27. Funcionario Público

Sumario: TEORÍA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO: Introducción. Concepto. Clasificación. RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO: Introducción. Teorías. Derecho positivo. ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: Introducción. Bases constitucionales.. LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: Ámbitos de aplicación. Marco institucional.

TEORÍA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

A. INTRODUCCIÓN

§1162. Denominación — El estatuto de la función pública o empleo público es una institución que debe ser examinada no solo en el Ordenamiento jurídico general, es decir, el propio del Derecho administrativo, sino también en el Derecho constitucional de cuyas raíces surge la función pública, pues es en la dinámica funcional administrativa donde surgen muchas veces cuestiones y problemas de base constitucional.

La Administración Pública actúa para lograr el cumplimiento de los fines que tiene asignados, mediante la labor de personas físicas que están a su servicio. Lo expuesto plantea el problema de si todas esas personas que reciben la denominación de funcionario, empleado o agente público, están sometidas a un régimen jurídico y cuál es el mismo.

Al respecto se sostiene que si bien la Constitución de 1999, y la LEFP emplean la expresión agente o funcionario público, se deben desestimar las querellas terminológicas estimando que agente, funcionario, funcionario público, empleado público o servidor del Estado son términos de idéntico contenido conceptual, salvo que una ley especial adopte una definición vectorial, esto es, a los solos efectos contemplados en la misma, como lo es el caso de la LCC.

B. CONCEPTO

§1163. General — El concepto de funcionario viene de “función” derivada del latin “*funtio*” y pertenece a la misma raíz del verbo “*fungor-fungi*” que denota cumplir, desempeñar; y el adjetivo público con que se conocen los que figuran en el servicio del Estado de su referencia a un órgano o ente del Estado, la función es pública o estatal. Funcionario público es quien

desempeña funciones públicas –legislativas, ejecutivas o judiciales–, esto es, funciones públicas mediante las cuales realiza el Estado los fines que tiene encomendados.

Por tanto, funcionario público es toda persona física que ingresa mediante el procedimiento legal debido a un órgano o ente donde cumple una función pública. En este sentido, el ingreso es una noción clave y es la que da la investidura de funcionario público. A su vez, la investidura es la que determina la aplicación del régimen jurídico propio del funcionario público.

§1164. Legal — Por su parte, la Constitución enuncia un concepto amplio y un concepto restringido del funcionario público. En sentido amplio, el funcionario público es la persona que está al servicio de los órganos o entes públicos, bien sean territoriales (por ejemplo, la República, los estados o los municipios); o no territoriales públicos (por ejemplo, los institutos autónomos) o privados estatales (por ejemplo, las fundaciones del Estado). Por el contrario, en sentido restringido, el funcionario público es la persona que está al servicio de un órgano o ente público de la Administración Pública, bien sea esta una Administración Pública nacional, estadal o municipal, y que por tal razón los denomina funcionarios administrativos, que son en definitiva el objeto específico de la LEFP.

En este orden de ideas, el Art. 3 de la LEFP dispone que el funcionario público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente.

§1165. Jurisprudencial — En ausencia de una calificación legal, una persona al servicio de la Administración Pública puede ser calificada como funcionario público por la jurisprudencia a partir de la teoría del cúmulo o repertorio de indicios (*fesceau d'indices*) que están referidos a la vez a:

- El carácter permanente del empleo
- Las condiciones de ingreso y de retiro
- El régimen disciplinario
- El modo de remuneración
- El objeto de las funciones ejercidas

C. CLASIFICACIÓN

§1166. Plan — De conformidad con el Art. 146 de la C, los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan, entre otros, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros.

En desarrollo de la disposición constitucional, el Art. 19 de la LEFP dispone que los funcionarios públicos de la Administración Pública son: (i) el funcionario público de carrera y (ii) el funcionario público de libre nombramiento y remoción.

§1167. Funcionario público de carrera — De acuerdo con el Art. 20 de la LEFP, es funcionario público de carrera, quien habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, preste servicio remunerado y con carácter permanente.

§1168. Funcionario público de libre nombramiento y remoción — De conformidad con el Art. 20 de la LEFP es funcionario público de libre nombramiento y remoción quien es nombrado y removido libremente de su cargo sin otras limitaciones que las establecidas en la LEFP.

A su vez los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar: (i) los cargos de alto nivel y (ii) los cargos de confianza.

§1169. Cargos de alto nivel — Los cargos de alto nivel son los siguientes (Art. 20 de la LEFP):

- El Vicepresidente Ejecutivo (num. 1)
- Los ministros (num. 2)
- Los jefes de las oficinas nacionales o sus equivalentes (num. 3)
- Los comisionados presidenciales (num. 4)
- Los viceministros (num. 5)
- Los directores generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios (num. 6)
- Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales (num. 7)
- Los directores generales, directores y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos (num. 8)
- Los registradores y notarios públicos (num. 9)
- El Secretario General de Gobierno de los estados (num. 10)
- Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía (num. 11)
- Las máximas autoridades de los institutos autónomos estadales y municipales, así como sus directores y funcionarios de similar jerarquía (num. 12)

§1170. Cargos de confianza — De acuerdo con el Art. 21 de la LEFP, los cargos de confianza son aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Ad-

ministración Pública, de los viceministros, de los directores generales y de los directores o sus equivalentes.

También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan, principalmente, actividades de seguridad del Estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

A. INTRODUCCIÓN

§1171. Concepto — La determinación de la naturaleza jurídica de la relación funcionarial, de servicio o empleo público entre la Administración Pública y los funcionarios públicos, es objeto de una controversia muy conocida en el Derecho administrativo.

Ahora bien, por relación de empleo público se debe entender el vínculo jurídico especial que une a la persona física en cuanto funcionario público con la Administración Pública, por oposición a la relación laboral, vínculo que une al empleador o patrono de la actividad privada con su trabajador subordinado.

B. TEORÍAS

§1172. Plan — Son varias las teorías tanto de Derecho privado como de Derecho público que han tratado de explicar la relación jurídica de empleo público, así: (i) el contrato de Derecho privado; (ii) el contrato de Derecho público; y por último (iii) la situación estatutaria.

§1173. Contrato de Derecho privado — La influencia tradicional del Derecho civil ha proporcionado especial prelación a la teoría que explica, en virtud de un proceso contractual, la relación jurídica de Derecho privado entre el funcionario público y la Administración Pública.

§1174. Contrato de Derecho público — Posteriormente se propuso la teoría del contrato de Derecho público, en razón de su objeto, y dentro de estos, se sostuvo que se trataría ya sea de un contrato de colaboración, o ya de un contrato de adhesión.

§1175. Teoría de la situación estatutaria — El sector mayoritario de la doctrina niega la naturaleza contractual –pública o privada– y sostienen que el vínculo jurídico de empleo público es de naturaleza pública y estatutaria. Para estudiar la cuestión que nos ocupa, la escuela realista francesa parte de

la distinción entre: (i) situaciones jurídicas individuales o subjetivas y (ii) situaciones jurídicas generales u objetivas.

Las primeras nacen de una o varias manifestaciones individuales de voluntad para fijar de manera particular su contenido, tal como sucede por ejemplo, con el testamento, la donación, etc. Las segundas derivan de la aplicación de una norma jurídica, y, como la norma misma, son: generales en el sentido de que afectan por igual a todos las personas que se hallan en la misma situación de hecho; y permanentes porque el poder que deriva de ellas pueda ejercerse indefinidamente mientras se encuentre en vigencia la disposición legal de donde proviene.

En este sentido, la teoría de la situación estatutaria sostiene que en la función pública no estamos ante una situación jurídica de carácter subjetivo e individual sino que, por el contrario, la situación que se regula es objetiva, general e impersonal. Por la designación o cualquier otro procedimiento válido de incorporación, el funcionario público ingresa a dicha situación, que le está predeterminada al acto administrativo de incorporación al Estado.

§1176. Relación de sujeción especial — Por último, además de ser una situación estatutaria, la relación de empleo público denota también una relación de sujeción especial. La doctrina de las relaciones especiales se formó en Alemania en el Siglo XIX a partir de la codificación del Derecho público prusiano con referencia al Derecho disciplinario militar y funcionarial.

En tal sentido, sostiene la doctrina española que cuando el administrado se inserta en una organización administrativa, la doctrina alemana denomina a esa posición –por contraposición a la relación general de poder– una relación especial de poder o de supremacía o sujeción especial (García De Enterría).

C. DERECHO POSITIVO

I. INTRODUCCIÓN

§1177. Consagración — Tanto la Constitución (Art. 144) como la LEFP, acogen la teoría de la situación estatutaria y de Derecho público compartida por la mayor parte de la doctrina nacional (Brewer-Carías, Lares Martínez, Caballero Ortiz) y la jurisprudencia (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 11 de abril de 2000, RDP Nº 82, p. 761).

En efecto, la LEFP se encuentra enmarcada dentro de la corriente estatutaria de la función pública que se sigue en el país desde el constitucionalismo venezolano a partir de la Constitución de 1947, y refrendado por la Constitución posterior de 1961 hasta la vigente de 1999.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO

§1178. Plan — El fundamento jurídico de la teoría de la situación estatutaria del funcionario público comporta dos correcciones principales: (i) los derechos adquiridos y (ii) la generalidad y la impersonalidad.

§1179. Derechos adquiridos — Los funcionarios públicos no pueden invocar ningún derecho adquirido al mantenimiento del estatuto de la función pública, el cual puede ser modificado en todo momento, bajo reserva del principio de la irretroactividad de los actos administrativos.

§1180. Generalidad e impersonalidad — El contenido la relación de empleo público (derechos y obligaciones) es exclusivamente fijado, previamente, por vía general e impersonal.

En consecuencia, el estatuto de la función pública se aplica tal cual es, sin que quepa ningún arreglo particular entre la Administración Pública y el funcionario público para derogarlo.

ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

A. INTRODUCCIÓN

§1181. Planteamiento — La doctrina argentina (R. Bielsa) sostiene que, de manera general, se concibe el estatuto (de "*status*") como conjunto de normas que definen una condición o situación jurídica determinada. Cuando esa situación es de una persona o categoría de personas el estatuto es personal, y si esas personas son funcionarios públicos el estatuto es funcionarial o de la función pública, esto es, de los funcionarios públicos y además de Derecho público.

§1182. Concepto — La mayoría de los autores define el estatuto de la función pública como un conjunto de principios y reglas que precisan el régimen jurídico especial a que están sometidos los funcionarios públicos, determinando sus derechos, las garantías de éstos y sus deberes. Ahora, si bien algunos autores engloban también el régimen de garantías jurisdiccionales de la función pública, estimamos que su análisis debe hacerse dentro del contenido del Derecho administrativo jurisdiccional.

Por tanto, el estatuto de la función pública es un conjunto, más o menos orgánico, de principios y normas jurídicas que regulan la relación de empleo público en cuanto al sistema de dirección y de gestión, de administración de personal, del contenido de derechos y deberes, y por último, del régimen de la responsabilidad disciplinaria.

§1183. Acepciones — Lo anterior nos lleva a analizar, de seguidas, la noción del estatuto de la función pública y la posibilidad de diversos regímenes estatutarios.

Con respecto a la expresión estatuto de la función pública se registran dos acepciones: (i) una amplia: que sería el conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que fijan la situación del funcionario público, en lo concerniente a la entrada del servicio y los derechos y ventajas en función y (ii) otra restringida, que se refiere a la fijación por ley (por oposición al reglamento) de las garantías fundamentales de las carreras acordadas a los funcionarios de manera de darles la garantía de la ley.

En conclusión, el término estatuto designa el conjunto de reglas jurídicas aplicables a la actividad profesional de los funcionarios públicos, marcados por el particularismo del Derecho administrativo. Ese particularismo de derechos y obligaciones de los funcionarios públicos se manifiesta a través de las disposiciones del estatuto que contiene la vigente LEFP.

En este último sentido la jurisprudencia del Máximo Tribunal sostuvo que, no en balde, un régimen estatutario surge precisamente para exceptuar a los funcionarios del Estado del régimen jurídico laboral (Véase Sent. Nº 1412 del TSJ/SC, de fecha 10 de julio de 2007, caso *Eduardo Parilli Wilheim)*.

B. BASES CONSTITUCIONALES

I. INTRODUCCIÓN

§1184. Lineamientos constitucionales — La Constitución de 1999 le estableció un mandato al legislador para establecer el estatuto de la función pública a fin de regular "lo relativo a la política de recursos humanos aplicables a los funcionarios de la Administración Pública".

En desarrollo de la finalidad mencionada, el Texto Fundamental consagra una serie de preceptos que se erigen en los principios fundamentales relativos a los lineamientos estatutarios de la función pública, a los efectos del establecimiento de un verdadero estatuto sobre la materia, los cuales se encuentran en la Sección Tercera "De la Función Pública" del Capítulo I "De las Disposiciones Fundamentales", del Título IV "Del Poder Público".

§1185. Ley del Estatuto de la Función Pública — Conforme al Art. 144 de la C, le corresponderá a la ley establecer el Estatuto de la función pública mediante normas sobre: el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro; y así como proveerá su incorporación a la seguridad social. Asimismo, la Constitución remite a la ley para determinar las funciones y requisitos que

deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos (Art. 144, *in fine* de la *C*).

Fue con fundamento en el mandato constitucional que se dictó la vigente LEFP.

II. PRINCIPIOS

§1186. Plan — Dentro de los principios de rango constitucional se mencionan: (i) el principio de neutralidad; (ii) el principio de incompatibilidad; (ii) el principio de conflicto de intereses y, por último, (iv) el principio de la reserva legal.

§1187. Principio de neutralidad — Se destaca el principio de neutralidad, también denominado principio de imparcialidad, conforme al cual los funcionarios públicos deben estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna (Art. 145 de la C).

§1188. Principio de incompatibilidad — Conforme a la Constitución, el funcionario público no puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, salvo las excepciones que la misma Constitución acepta, "cuando se trate del ejercicio los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley" (Art. 148 de la C).

§1189. Principio de conflicto de intereses — También se dispone que el funcionario público que esté al servicio de la República, los estados y municipios y demás entes públicos no puede celebrar contrato alguno con las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado estatales, ni por sí ni por interpósita persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley (Art. 145 de la *C*).

§1190. Principio de la reserva legal — Por último, el Art. 144 de la *C* consagra el establecimiento del principio de la reserva legal estatutaria e implica que las concretas materias allí expresamente señaladas, solo podrán ser reguladas mediante ley nacional. En el análisis de las bases constitucionales de la función pública, la doctrina hace referencia al alcance de la reserva legal que la Constitución impone en esta materia.

En efecto, el Art. 144 de la C remite a la ley el establecimiento del estatuto de la función pública, por lo que se concluye que existe entonces una protección constitucional respecto a determinadas materias que solo pueden ser desarrolladas mediante ley formal: por tanto, el régimen estatutario de la función pública es materia de la reserva legal.

LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

A. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

§1191. Plan — El análisis de la LEFP impone que se proceda al estudio de los ámbitos de aplicación así: (i) subjetivos; (ii) ; territorial y, por último, (iii) funcional.

§1192. Subjetivo — En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la LEFP, la doctrina sostiene que los Arts. 141 y ss. de la Constitución vincula directamente la noción de función pública con la Administración Pública y, en definitiva, con el ejercicio de la función administrativa, prescindiendo así de la noción más amplia y literal de funcionario público como aquel que ejerce una función propia del Poder Público, sea legislativa, judicial o ejecutiva.

§1193. Territorial — La Constitución de 1999 contempla, como ámbito territorial de aplicación del Estatuto de la función pública, a todo funcionario de la Administración Pública, sin hacer alusión a la distribución vertical u horizontal de ésta, es decir, sin distinguir entre los funcionarios públicos de la Administración Pública nacional, estadal o municipal.

Esta unificación del ámbito territorial del Estatuto de la función pública es una de las innovaciones más importantes que contiene la Constitución vigente en materia funcionarial al reafirmar el principio de uniformidad y generalidad del Estatuto de la función pública.

§1194. Funcional — El Derecho positivo puede concebir distintos regímenes estatutarios, según que la situación jurídica del funcionario público se regule en: (i) un estatuto general o común que comprenda a todos los funcionarios públicos, cualquiera sea su categoría, sus funciones y entidades de que dependan y (ii) un estatuto particular para un determinado grupo de funcionarios públicos que existan en el Estado, en virtud de las especiales condiciones de empleo público a los cuales se encuentran sometidos o en razón de que es el propio órgano o ente público el que requiere un tipo especial de regulación mediante Ley especial en razón de la especialidad de la función.

§1195. Exclusión — Desde el punto de vista jurídico positivo, por lo que a la Administración Pública Nacional se refiere, hay que distinguir entre: (i) los funcionarios públicos sometidos al Estatuto general y común vigente en la materia: la LEFP y sus disposiciones reglamentarias y (ii) los funcionarios públicos excluidos de su ámbito de aplicación por razones de diversa índole, como puede ser la situación concreta de ciertos órganos de la Administración Pública, tales como (Art. 1, Parágrafo único de la LEFP):

- Los funcionarios públicos al servicio del Poder Legislativo Nacional (num. 1).
- Los funcionarios públicos a que se refiere la Ley del Servicio Exterior (num. 2).
- Los funcionarios públicos al servicio del Poder Judicial (num. 3)
- Los funcionarios públicos al servicio del Poder Ciudadano (num. 4)
- Los funcionarios públicos al servicio del Poder Electoral (num. 5)
- Los obreros al servicio de la Administración Pública (num. 6)
- Los funcionarios públicos al servicio de la Procuraduría General de la República (num. 7)
- Los funcionarios públicos al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) (num. 8
- Los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales (num. 9)

B. MARCO INSTITUCIONAL

I. ÓRGANO DE DIRECCIÓN

§1196. Presidente de la República — De acuerdo con el Art. 4 de la LEFP, el Presidente de la República ejercerá la dirección de la función pública en el Poder Ejecutivo Nacional.

Por su parte, los gobernadores y alcaldes ejercerán la dirección de la función pública en los estados y municipios. En los institutos autónomos, sean éstos nacionales, estadales o municipales, la ejercerán sus máximos órganos de dirección.

II. ÓRGANO DE GESTIÓN

§1197. Titulares — De acuerdo con el Art. 5 de la LEFP, la gestión de la función pública corresponderá a:

- El Vicepresidente Ejecutivo (num. 1)
- Los ministros (num. 2)
- Los gobernadores (num. 2)
- Los alcaldes (num. 4)
- Las máximas autoridades directivas y administrativas de los institutos autónomos nacionales, estadales y municipales (num. 5)

En los órganos o entes de la Administración Pública, dirigidos por cuerpos colegiados, la competencia de gestión de la función pública corresponderá a su presidente, salvo cuando la ley u ordenanza que regule el funcionamiento del respectivo órgano o ente le otorgue esta competencia al cuerpo colegiado que lo dirige o administra (Art. 5 de la LEFP).

§1198. Ejecución — De acuerdo con el Art. 6 de la LEFP, la ejecución de la gestión de la función pública corresponderá a las oficinas de recursos humanos de cada órgano o ente de la Administración Pública, las cuales harán cumplir las directrices, normas y decisiones del órgano de dirección y de los órganos de gestión correspondientes.

III. ÓRGANO DE PLANIFICACIÓN

§1199. Ministerio de Planificación y Desarrollo — De acuerdo con el Art. 7 de la LEFP, el órgano responsable de la planificación del desarrollo de la función pública en los órganos de la Administración Pública Nacional es el Ministerio de Planificación y Desarrollo.

El Reglamento respectivo creará los mecanismos correspondientes de participación ciudadana en la elaboración de esta planificación.

§1200. Competencias — Corresponderá al Ministerio de Planificación y Desarrollo asistir al Presidente de la República en el ejercicio de las competencias que le acuerde la LEFP, así como evaluar, aprobar y controlar la aplicación de las políticas en materia de función pública mediante la aprobación de los planes de personal que ejecuten los órganos y entes de la Administración Pública Nacional.

En particular, dicho Ministerio tendrá las atribuciones señaladas expresamente en el Art. 8, nums. 1 al 14 de la LEFP.

IV. OFICINA DE RECURSOS HUMANOS

§1201. Creación — De acuerdo con el Art. 6 de la LEFP, la ejecución de la gestión de la función pública corresponderá a las oficinas de recursos humanos de cada órgano o ente de la Administración Pública, las cuales harán cumplir las directrices, normas y decisiones del órgano de dirección y de los órganos de gestión correspondientes.

Por tanto, se trata de una unidad administrativa encargada de adelantar las tareas relacionadas con el personal. Tanto su denominación como su ubicación son diferentes, según el respectivo órgano o ente administrativo, lo mismo que su nomenclatura, y cumple tanto funciones de asesoría como de ejecución.

§1202. Competencias — De conformidad con la LEFP son atribuciones de las oficinas de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional las consagradas en el Art. 10, nums. 1 al 14 de la LEFP.

Por su parte, las oficinas de recursos humanos de los Estados y Municipios tendrán las mismas competencias respecto al órgano o ente encargado de la planificación y desarrollo en su territorio (Parágrafo Único del Art. 10 de la LEFP).

§1203. Responsabilidad — De conformidad con el Art. 11 de la LEFP, la omisión, retardo, negligencia o imprudencia de los titulares de las oficinas de recursos humanos en adoptar las medidas que les hubiere prescrito el Ministerio de Planificación y Desarrollo, o el órgano encargado de la planificación y desarrollo en el respectivo estado o municipio, será causal de remoción de la función pública, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones civiles y penales a las que hubiere lugar.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública,* Paredes Editores, Caracas, 2012; Bielsa, R., *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos. La moralidad administrativa,* Depalma, Buenos Aires, 1960 y *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos. La moralidad administrativa,* Depalma, Buenos Aires, 1960; Brewer-Carías, A. R., *El estatuto del funcionario público en la ley de carrera administrativa,* CAP, Caracas, 1971; Caballero Ortíz, J., *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público,* Ed. Paredes, Caracas, 2006 y "Bases constitucionales del Derecho de la función pública", en *RDC,* núm. 5, Editorial Sherwood, Caracas, 2001; García De Enterría, E., y Fernandez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Jèze, G., *Los principios generales del derecho administrativo,* Vol. 1, trad. al español de la 4ª Ed. francesa, Depalma, Buenos Aires, 1948; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Silva Cimma, E., *La función pública,* Ediciones de la CGR, Caracas, 1978.

Tema 28. Régimen Jurídico

Sumario: SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL: Selección. Ingreso. Ascenso. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: Servicio activo. Comisión de servicio. Traslado. Suspensión. Reubicación. Interrupción. Extinción.

SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

A. SELECCIÓN

§1204. Plan — El sistema de administración de personal está previsto en el Título V de la LEFP, y comprende: (i) la selección, ingreso y ascenso; (ii) las situaciones administrativas; (iii) el retiro y reingreso de los funcionarios públicos; (iv) la clasificación de cargos; (v) el sistema de remuneraciones; (vi) la evaluación de desempeño; (vii) la capacitación y desarrollo del personal y, por último (ix) la jornada de servicio.

I. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

1º *Cargos de carrera*

§1205. Objeto — El Art. 40 de la LEFP regula el proceso (*rectius*: procedimiento) de selección de personal garantizando el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias.

§1206. Oficina de recursos humanos — Según el Art. 41 de la LEFP, le corresponde a la oficina de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública, como órgano de selección, la realización de los concursos públicos para el ingreso de los funcionarios públicos de carrera.

A tal efecto, las oficinas de recursos humanos llevarán los registros de elegibles, a los cuales se les dará la mayor publicidad, de conformidad con lo establecido en los reglamentos de la presente Ley (Art. 42 de la LEFP).

§1207. Concurso público de ingreso — A la función pública se puede ingresar mediante diversos procedimientos que tienen por finalidad principal el ingreso de los funcionarios públicos. El concurso público de ingreso es un procedimiento constituido por una serie de actos cuyo objeto es seleccionar a los funcionarios más idóneos para el ejercicio de la función pública.

Así, una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue haber procedido a conferirle rango constitucional al concurso público como mecanismo de ingreso a la carrera administrativa. Por tanto, la relación de empleo

público está enmarcada en la carrera administrativa, pero solo hay carrera administrativa si media o se ha producido un concurso público como modo de ingreso a la carrera administrativa.

§1208. **Modalidades** — Los concursos públicos de ingreso pueden ser de oposición, de méritos, de credenciales o mixtos. En todo caso, consisten en proceder a una selección entre los aspirantes o candidatos a la función pública en función de sus aptitudes reveladas por los títulos académicos o profesionales o del sometimiento a unas pruebas legales.

Por tanto, puede tratarse de concursos sobre títulos cuando la selección se efectúa sin pruebas particulares y solo en función de los diplomas obtenidos o de trabajos científicos; sin embargo, generalmente, se trata de concursos de ingresos sobre exámenes, donde el aspirante o candidato debe demostrar su competencia para ocupar un empleo o cargo mediante la realización de una o varias pruebas.

§1209. **Obligatoriedad** — El Art. 40 de la LEFP regula el sistema selectivo mediante la realización obligatoria de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole.

§1210. **Requisitos personales** — Toda persona podrá optar a un cargo en la Administración Pública, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes.

Para ejercer un cargo de los regulados por la LEFP, los aspirantes deberán reunir los requisitos personales siguientes (Art. 17 de la LEFP):

- Ser venezolano (num. 1)
- Ser mayor de dieciocho años de edad (num. 2)
- Tener título de educación media diversificada (num. 3)
- No estar sujeto o sujeta a interdicción civil o inhabilitación política (num. 4)
- No gozar de jubilación o pensión otorgada por algún organismo del Estado, salvo para ejercer cargos de alto nivel, caso en el cual deberán suspender dicha jubilación o pensión. Se exceptúan de este requisito la jubilación o pensión proveniente del desempeño de cargos compatibles (num. 5)
- Reunir los requisitos correspondientes al cargo (num. 6)
- Cumplir con los procedimientos de ingreso establecidos en la LEFP y su Reglamento, si fuere el caso (num. 7)
- Presentar declaración jurada de bienes (num. 8)
- Los demás requisitos establecidos en las leyes (num. 9)

§1211. Nulidad absoluta — Por último, la LEFP dispone que será absolutamente nulo el acto de nombramiento de funcionario público de carrera, cuando no se hubiesen realizado el respectivo concurso de ingreso de conformidad con lo establecido en la LEFP y su Reglamento (Art. 40 de la LEFP).

II. PERSONAL CONTRATADO

§1212. Excepción — De acuerdo con el Art. 37 de la LEFP, solo podrá procederse por la vía excepcional del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

En consecuencia, la LEFP prohíbe expresamente la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la LEFP.

§1213. Régimen jurídico — De acuerdo con el Art. 146 de la C, se exceptúan de la carrera administrativa los cargos de elección, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración pública y los demás que determine la ley.

En este orden de ideas, el Art. 38 de la LEFP dispone que el régimen aplicable al personal contratado será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, lo cual revela un fuerte proceso de penetración del Derecho del trabajo en la función pública, que se conoce como "fenómeno de laboralización", "laboralización del derecho funcionarial", o en fin "laboralización del régimen jurídico del empleo público".

§1214. Contrato de Derecho del trabajo — Finalmente, de conformidad con el Art. 39 de la LEFP, en ningún caso el contrato de personal podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública.

En consecuencia, los contratados no solo no pueden ser considerados como funcionarios públicos conforme al régimen establecido en la LEFP, sino que además se encuentran excluidos de la carrera administrativa y del régimen estatutario previsto en la LEFP, al quedar sometidos por mandato legal expreso, *in totum*, mediante un contrato de trabajo al Derecho del trabajo (Caballero Ortiz).

B. INGRESO

§1215. Plan — El ingreso del aspirante a la función pública para que sea considerado regular o válido precisa de las formalidades establecidas en la LEFP. Esto es, que para ser un funcionario público regular o válidamente designado para el cargo o empleo público se requiere: (i) el nombramiento; (ii) el juramento y, finalmente, (iii) la toma de posesión del cargo.

Por tanto, no hay ni puede haber ejercicio de funciones públicas que no reúna los requisitos legales de validez, ya sea en cuanto a su origen (por ejemplo, el concurso público), o ya en cuanto a las condiciones personales y formalidades que deben llenar para ocupar el cargo.

I. NOMBRAMIENTO

§1216. Concepto — El nombramiento consiste en la forma jurídica de ingreso a los cargos o empleos públicos. Se puede definir como el acto administrativo emitido por la autoridad competente mediante el cual se designa a la persona física seleccionada para actuar como funcionario público en el ejercicio de un cargo o empleo público concreto.

§1217. Clasificación — El nombramiento puede ser objeto de clasificación ya sea en razón de: (i) el ejercicio de la potestad administrativa y (ii) los efectos.

§1218. Potestad administrativa — El nombramiento en razón del ejercicio de la potestad administrativa puede ser: (i) discrecional y (ii) condicionado.

§1219. Nombramiento discrecional — El nombramiento discrecional o simplemente nombramiento es aquel que se hace por la autoridad competente en ejercicio de una potestad administrativa discrecional para la designación, como ocurre con los cargos de libre nombramiento y remoción (por ejemplo, los ministros).

§1220. Nombramiento condicionado — El nombramiento condicionado es aquel que se hace por la autoridad competente en ejercicio de una potestad administrativa reglada o vinculada para la designación, esto es, sujeto a determinadas modalidades tales como reunir los requisitos exigidos al aspirante de conformidad con el Art. 17 de la LEFP; y la realización del concurso público de acuerdo con los Arts. 40 y 41 de la LEFP, como ocurre con los cargos de carrera (por ejemplo, el cargo de Abogado I de la Consultoría Jurídica).

§1221. Efectos — El nombramiento en relación con sus efectos puede ser: (i) el nombramiento provisional y (ii) el nombramiento fijo.

§1222. Nombramiento provisional — Es aquel cuyos efectos son provisionales, ya sea porque están sometidos a una condición temporal o a la realización de un evento.

En este sentido, el Art. 43 de la LEFP dispone que la persona seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba. Su desempeño será evaluado dentro de un lapso que no exceda de (3) tres meses. De no superar el período de prueba el nombramiento será revocado.

§1223. Nombramiento fijo — Es aquel cuyos efectos tienen, desde el comienzo, carácter efectivo, bien ya sea porque estando sometidos a una condición temporal o a la realización de un evento, estas condiciones se han cumplido.

En este sentido, el Art. 43 de la LEFP dispone que si la persona seleccionada por concurso público para el cargo de carrera supera el periodo de prueba, se procederá al ingreso como funcionario público de carrera al cargo para el cual concursó.

II. JURAMENTACIÓN

§1224. Plan — La condición de funcionario público no se adquiere, sin embargo, por el simple nombramiento como tal, sino que requiere además cumplir con: (i) el sometimiento a la Constitución y a las leyes mediante el juramento y (ii) el requisito de la toma de posesión del cargo.

§1225. Concepto — El juramento es un requisito esencial que consiste en una afirmación solemne de que se cumplirán los deberes funcionariales o de servicio. Y en el caso de los funcionarios públicos, es la promesa solemne que hace quien ingresa en el servicio del Estado, de servir legalmente en el cargo y de ser fiel a las instituciones fundamentales del país (DPGR).

III. TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO

§1226. Concepto — Finalmente, la toma de posesión del cargo perfecciona la investidura de la persona designada para el ejercicio de la función pública.

Este requisito tiene una importancia fundamental, porque efectivamente no se es funcionario público hasta que este requisito se cumple, esto es, la condición de funcionario público no se adquiere plenamente hasta que se lleva a cabo la toma de posesión que, en algunos casos, se lleva a cabo uniéndose este acto con la juramentación (por ejemplo, el Presidente de la República).

C. ASCENSO

§1227. Concepto — El ascenso (elemento dinámico) como la estabilidad (elemento estático) del sistema de administración de personal, constituyen los derechos más importantes derivados de la investidura del funcionario público de carrera.

§1228. Provisión de cargos vacantes — La provisión de cargos vacantes de carrera se realizará atendiendo el siguiente orden de prioridades (Art. 45, Parágrafo Único):

- Con candidatos del registro de elegibles para ascensos del organismo respectivo (num. 1)

- Con candidatos del registro de elegibles para ascensos de la Administración Pública (num. 2)
- Con candidatos del registro de elegibles para ingresos (num. 3)

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

§1229. Plan — La relación de empleo público que se adquiere con el ingreso hasta su terminación por las causales de retiro previstas en el Art. 78 de la LEFP, permite una variedad de situaciones administrativas en la prestación de sus servicios con la Administración Pública.

A tal efecto, la LEFP prevé que los funcionarios públicos se hallarán en algunas de las situaciones administrativas siguientes: (i) el servicio activo; (ii) la comisión de servicio; (iii) los traslados; (v) la suspensión; (v) la reubicación; y por último (vi) los permisos y licencias.

A. SERVICIO ACTIVO

§1230. Concepto — La situación normal del funcionario público es la de servicio activo. Es pues, la situación del funcionario público que ejerce efectivamente las funciones de uno de los cargos o empleos correspondientes a la clase de cargo del cual es titular.

En este sentido, el Art. 70 de la LEFP considera en servicio activo al funcionario público que ejerza el cargo o se encuentre en comisión de servicio, traslado, suspensión con goce de sueldo, permiso o licencia.

B. COMISIÓN DE SERVICIO

§1231. Concepto — De acuerdo con el Art. 71 de la LEFP, la comisión de servicio será la situación administrativa de carácter temporal por la cual se encomienda a un funcionario público el ejercicio de un cargo diferente, de igual o superior nivel del cual es titular. Para ejercer la comisión de servicio, el funcionario público deberá reunir los requisitos exigidos para el cargo propuesto.

§1232. Condiciones — La comisión de servicio podrá ser realizada en el mismo órgano o ente donde presta servicio o en otro de la Administración Pública dentro de la misma localidad.

Si el cargo que se ejerce en comisión de servicio tuviere mayor remuneración, el funcionario público tendrá derecho al cobro de la diferencia, así como a los viáticos y remuneraciones que fueren procedentes.

§1233. Obligatoriedad — De acuerdo con el Art. 72 de la LEFP, las comisiones de servicio serán de obligatoria aceptación y deberán ser ordenadas por el lapso estrictamente necesario, el cual no podrá exceder de un año a partir del acto de notificación de la misma.

C. TRASLADO

§1234. Consagración constitucional — La Constitución ha sido bastante detallada en cuanto a la regulación de la función pública, hasta el punto de exigir, en su propio texto, un requisito para el traslado. En efecto, en el Art. 146 se requirió que el traslado debe efectuarse de acuerdo con el desempeño del cargo, cuando en general, el traslado obedece a otras circunstancias.

§1235. Requisitos — De acuerdo con el Art. 73 de la LEFP, por razones de servicio de la propia Administración Pública, los funcionarios públicos de carrera podrán ser trasladados dentro de la misma localidad de un cargo a otro de la misma clase, siempre que no se disminuya su sueldo básico y los complementos que le puedan corresponder (remuneraciones).

Cuando se trate de traslado de una localidad a otra, este deberá realizarse de mutuo acuerdo, esto es, requiere la aceptación del funcionario público, con las excepciones que, por necesidades de servicio, determinen los reglamentos.

§1236. Descentralización administrativa — Por su parte, el Art. 74 de la LEFP dispone que los funcionarios públicos de carrera podrán ser transferidos cuando tenga lugar la descentralización de las actividades a cargo del órgano o ente público donde presten sus servicios, de conformidad con lo establecido en la LEFP. En tales casos deberá levantarse un acta de transferencia.

Finalmente, de acuerdo con el Art. 75 de la LEFP, el funcionario público que cumpla con los requisitos para el disfrute de la jubilación o de una pensión por invalidez, podrá ser transferido, previo acuerdo entre la Administración Pública y el funcionario público.

D. SUSPENSIÓN

§1237. Concepto — De acuerdo con el Art. 90 de la LEFP, cuando para realizar una investigación judicial o administrativa fuere conveniente, a los fines de la misma, procede suspender con carácter provisional al funcionario público. La suspensión será con goce de sueldo y tendrá una duración hasta de sesenta (60) días continuos, lapso que podrá ser prorrogado por una sola vez.

§1238. Causales de revocatoria — La suspensión con goce de sueldo terminará por revocatoria de la medida, por decisión de sobreseimiento, por absolución en la averiguación o por imposición de una sanción.

E. REUBICACIÓN

§1239. Plan — La LEFP establece, en lo referente a la regulación de la estabilidad del funcionario público de carrera, unos mecanismos de protección como lo son el periodo de disponibilidad y la reubicación en los supuestos siguientes: (i) la remoción y (ii) la reducción de personal.

§1240. Remoción — De acuerdo con el Art. 76 de la LEFP, el funcionario público de carrera que sea nombrado para ocupar un cargo de alto nivel, tendrá el derecho a su reincorporación en un cargo de carrera del mismo nivel al que tenía en el momento de separarse del mismo, si el cargo estuviere vacante.

§1241. Reducción de personal — Los funcionarios públicos de carrera pueden ser objeto de una medida de reducción de personal. En tal sentido, los funcionarios públicos de carrera que sean objeto de alguna medida de reducción de personal, conforme al Art. 78, num 5 de la LEFP, antes de ser retirados podrán ser reubicados.

A tal fin gozarán de un mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación. En caso de no ser esta posible, el funcionario público será retirado e incorporado al registro de elegibles como medio de garantía de su futuro ingreso en un cargo de carrera (Art. 78 *in fine* de la LEFP).

F. INTERRUPCIÓN

§1242. Planteamiento — De acuerdo con el Art. 77 de la LEFP, los funcionarios públicos tendrán derecho a los permisos y licencias previstos en la LEFP y sus reglamentos. En tal sentido, la LEFP remite al reglamento respectivo la determinación de los supuestos de su concesión, requisitos, efectos y duración.

§1243. Licencia — Es una situación administrativa caracterizada básicamente por el desprendimiento del funcionario público de sus funciones habituales, sin que esta interrupción rompa la relación de servicio, aunque si incida notoriamente en la regulación de los derechos y deberes que la caracterizan, según sea el caso.

§1244. Permiso — Es, también, otra situación administrativa que persigue la desvinculación transitoria de las prestaciones de las funciones públicas por parte del funcionario público, sin que ello le ocasione desmedro de sus derechos. Por medio de esta situación administrativa se busca que los

funcionarios públicos puedan atender apremiantes circunstancias de orden personal o familiar.

G. EXTINCIÓN

I. RETIRO

§1245. Concepto — La relación de empleo público se extingue cuando, por determinadas causas, el funcionario público deja de prestar servicios de manera definitiva. Es lo que se denomina el retiro de la Administración Pública, o la extinción de la función pública.

§1246. Modalidades — El Derecho positivo señala diferentes causales de extinción de la relación de empleo público que comprende la expiración de funciones de manera: (i) voluntaria (renuncia); (ii) involuntaria (reducción de personal); y (iii) sancionatoria destitución).

Asimismo, aparecen también supuestos verdaderamente excepcionales, como es la extinción o desaparición del órgano o ente público respectivo. También hay que mencionar el retiro de la función pública por jubilación o invalidez del funcionario (Art. 78, num. 4 de la LEFP). En tal circunstancia, se produce la cesación de la relación de empleo que une al funcionario público con la Administración Pública.

§1247. Causales — La LEFP precisamente, y para evitar arbitrariedades, enuncia las causales de cesación o extinción de la relación de empleo en forma taxativa en los casos siguientes (Art. 78):

- Renuncia escrita del funcionario o funcionaria público debidamente aceptada (num. 1).
- Pérdida de la nacionalidad (num. 2).
- Interdicción civil (num. 3).
- Jubilación y por invalidez de conformidad con la ley (num. 4).
- Reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente. La reducción de personal será autorizada por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, por los consejos legislativos en los estados, o por los concejos municipales en los municipios (num. 5).
- Estar incurso en causal de destitución (num. 6).
- Y por último, cualquier otra causa prevista en la LEFP (num. 7).

En todo caso, los cargos que quedaren vacantes, conforme al num. 5 del Art. 78, *eiusdem*, no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal.

II. REINGRESO

§1248. Concepto — El reingreso se produce a raíz de una decisión administrativa o judicial, cuando se ordena el reintegro de un funcionario público cuya desvinculación ha sido declarada nula.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública*; Bielsa, R., *La función pública. Caracteres jurídicos y políticos. La moralidad administrativa,* Depalma, Buenos Aires, 1960; Brewer-Carías, A. R., *El estatuto del funcionario público en la ley de carrera administrativa,* CAP, Caracas, 1971; Caballero Ortíz, J., *El Derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público,* Ed. Paredes, Caracas, 2006; Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador,* Barcelona, 1974; Lares Martínez, E., *Manual de Derecho Administrativo,* UCV, XIV Ed., Caracas, 2013; Silva Cimma, E., *La función pública,* Ediciones de la CGR, Caracas, 1978.

Tema 29. Contenido

Sumario: DERECHOS FUNDAMENTALES: Derecho de acceso a la función pública. Derecho a la dignidad. Derecho a la integridad moral y física. DERECHOS FUNCIONARIALES: Derechos individuales. Derechos sociales. Derechos colectivos. DEBERES FUNCIONARIALES. Obligaciones funcionariales. Prohibiciones funcionariales. Incompatibilidades funcionariales.

DERECHOS FUNDAMENTALES

§1249. Introducción — De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LEFP, y en consideración a que el funcionario público debe actuar dentro de condiciones que compensen adecuadamente su comportamiento, la *LEFP* crea las condiciones para el establecimiento de:

- Beneficios o prerrogativas, sean o no económicas, que equilibren sus condiciones laborales y que el disfrute de los mismos, esté en relación con los méritos logrados en su desempeño individual, determinado en forma objetiva.
- Garantizar a los aspirantes y miembros de la función pública, así como a las personas, en sus relaciones con aquella, el debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales, para que sea efectivo el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, así como la promoción de medios alternativos para la solución de conflictos.
- Garantizar a los funcionarios públicos las peculiaridades del ejercicio del derecho a la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, conforme a los intereses, derechos y garantías constitucionales de la población y a los fines del Estado y de la Administración Pública.
- Lograr un adecuado equilibrio entre los intereses de los funcionarios públicos como trabajadores, los derechos y garantías constitucionales de la población y los objetivos de la Administración Pública como instrumento para el logro de los fines del Estado.

§1250. Plan — El contenido del Estatuto del funcionario público se integra con un serie de situaciones jurídicas que comprende fundamentalmente: (i) los derechos; (ii) las obligaciones y, por último, (iii) las incompatibilidades de los funcionarios públicos, cuyo desarrollo haremos a continuación.

A. DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

§1251. Concepto — El Art. 62 de la C consagra el derecho político a optar no solo a un cargo de elección popular sino también al ejercicio de la función pública. En efecto, todos las personas tienen el derecho de participar

libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos.

Este derecho fundamental garantiza a todas las personas una situación jurídica de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas, con la consecuencia de que no pueden establecerse requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio.

§1252. Contenido — Finalmente, el derecho fundamental de acceso a la función pública da origen, a su vez, a los derechos funcionariales siguientes:

- Derecho al nombramiento del funcionario seleccionado en el concurso público (Art. 43 de la LEFP).
- Después de que se haya materializado el ingreso, derecho a la posesión del cargo (Art. 44 de la LEFP).
- Y finalmente, el derecho al desempeño estable y a hacerlo en un determinado lugar (Art. 22 de la LEFP).

B. DERECHO A LA DIGNIDAD

§1253. Concepto — El derecho fundamental a la dignidad reconecta con el Art. 46, num. 1 de la C que prohíbe que ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en tanto que solo la pena o sanción proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor debe ser humana y respetuosa con la dignidad de la persona.

Además, el Art. 46, num. 2 de la C prohíbe el trato inhumano y vejatorio (por ejemplo, toda condena a un inocente presupone un trato inhumano y vejatorio por los daños).

C. DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL Y FÍSICA

§1254. Concepto — El Art. 46 de la C declara que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, el cual tiene como antecedente la denominada "incolumnidad" de la doctrina alemana.

Mediante el derecho a la integridad física y moral, que es un derecho de la personalidad, se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de su consentimiento (Véase Sent. STC, Pleno, de fecha 14 de julio de 1994, F.4º).

DERECHOS FUNCIONARIALES

A. DERECHOS INDIVIDUALES

§1255. Introducción — Los Capítulos II y III, del Título III: Funcionarios y Funcionarias Públicos de la LEFP, hacen referencia a los derechos de los funcionarios públicos. En el Capítulo II (Arts. 22 a 29) a los derechos de todos los funcionarios públicos y en el Capítulo III (Arts. 30 a 32) a los derechos exclusivos de los funcionarios públicos de carrera.

En tal sentido, los funcionarios públicos de carrera que ocupen cargos de carrera, además de los derechos funcionariales propios de todos los funcionarios públicos –sean de carrera o de libre nombramiento y remoción– tendrán otros derivados, exclusivamente, de la condición que ostentan, según analizaremos a continuación.

I. DERECHOS FUNCIONARIALES O NO ECONÓMICOS

a. *De los funcionarios públicos en general*

§1256. Derecho a ser informado — El funcionario público, al incorporarse al cargo, tiene derecho a ser informado por su superior inmediato acerca de los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente, así como de las atribuciones, deberes y responsabilidades que le incumben (Art. 22 de la LEFP).

b. *Exclusivos de los funcionarios públicos de carrera*

§1257. Derecho a la estabilidad — El funcionario público de carrera tiene derecho a la estabilidad o seguridad, lo cual tiene un carácter absoluto; no puede ser sustituido por indemnización económica alguna. Se pierde, únicamente, por aplicación de alguna de las causales preestablecidas al efecto, dándose cumplimiento al procedimiento administrativo disciplinario debido (Art. 89 de la LEFP).

De acuerdo con el Art. 30 de la LEFP, no basta ser funcionario público de carrera, es necesario, también, ocupar un cargo de carrera. De suerte que aquellos funcionarios públicos de carrera que, eventualmente, ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan del derecho a la estabilidad en el ejercicio de dichos cargos. Mas, se ha considerado que, según lo previsto por el Art. 76 de la LEFP, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 84 del RGLCA –que mantiene su vigencia en cuanto no contradiga la *LEFP*–, el funcionario público de carrera que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción tiene derecho, una vez removido de este, a ser colocado en situación de disponibilidad.

§1258. Derecho al ascenso — El Art. 31 de la LEFP, remite su regulación a lo dispuesto en la propia LEFP y sus reglamentos. Este artículo hay que concatenarlo con lo dispuesto en el Art. 45, *eiusdem.* El asunto está, igualmente, relacionado con la evaluación regulada en los Arts. 57 a 62 de la LEFP.

II. DERECHOS ECONÓMICOS

§1259. Derecho a la remuneración — El derecho a la remuneración surge como consecuencia de la prestación del servicio y se concreta en la percepción de las remuneraciones correspondientes al cargo que se desempeñe, de conformidad con lo establecido en el Art. 23 de la LEFP y sus reglamentos. El derecho a la remuneración está regulado en los Arts. 54 a 56, *eiusdem.*

§1260. Derecho a la bonificación de fin de año — El Art. 25 de la LEFP otorga al funcionario público el derecho a disfrutar, por cada año calendario de servicio activo, dentro del ejercicio fiscal correspondiente, de una bonificación de fin de año, "equivalente a un mínimo de noventa días de sueldo integral, sin perjuicio de que pueda aumentarse por negociación colectiva", lo cual es el pago de los tradicionales "aguinaldos" de fin de año.

§1261. Derecho al bono vacacional — La LEFP consagra el pago de una bonificación anual de cuarenta (40) días de sueldo, y en caso de producirse el egreso por cualquier causa antes de cumplir el año de servicio, bien durante el primer año o en los siguientes, tiene el derecho a recibir el bono vacacional proporcional al tiempo de servicio prestado (Art. 24, primer párrafo de la LEFP). Ello significa que el funcionario disfrutará de los días de vacaciones que le corresponden, más cuarenta (40) días de sueldo.

§1262. Derecho a la antigüedad — La Constitución, en su Art. 92 expresa:

> Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

En tal sentido, la LEFP dispone que se regulará la prestación de antigüedad y condiciones de excepción, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en la LOTTT y su RLOT

Por su parte, la LOTTT se refiere a la prestación de antigüedad en el Art. 141 y ss. y el Reglamento en los Arts. 71 al 74. No hay, pues, más diferencias entre funcionarios públicos y trabajadores del sector privado que las que establezca la ley.

B. DERECHOS SOCIALES

§1263. Plan — Los derechos sociales relacionados con el Estatuto de la función pública son los siguientes: (i) el derecho a la seguridad social; (ii) el derecho a la protección a la maternidad; (iii) el derecho a vacaciones y, por último, (iv) el derecho a licencias y permisos.

§1264. Derecho a la seguridad social — Mientras entre en vigencia la ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, a la que alude la LRPLOSSS, se mantiene en vigencia la LERJPFEAPNEM.

§1265. Derecho a la protección de la maternidad — El Art. 29 de la LEFP consagra una disposición que tiene origen constitucional como lo es la protección integral de la maternidad en los términos de la Constitución, la LOTTT y su Reglamento.

En tal sentido el Art. 76 de la C señala: "El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos".

§1266. Derecho a vacaciones — La LEFP dispone que los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar de una vacación anual de quince (15) días hábiles, durante el primer quinquenio de servicios; de dieciocho (18) días hábiles durante el segundo quinquenio; de veintiún (21) días hábiles durante el tercer quinquenio, y de veinticinco (25) días hábiles a partir del décimo sexto año de servicio.

§1267. Derecho a permisos y licencias — El funcionario público también tiene el derecho a que se le otorguen los permisos y licencias que se establezcan en los reglamentos de la LEFP. Ahora bien, como aún no se ha dictado el reglamento de la LEFP, el referido RGLCA resulta aplicable en materia de permisos y licencias.

Finalmente, la LEFP igualmente precisa que los permisos y las licencias pueden ser con o sin goce de sueldo, obligatorios y potestativos.

C. DERECHOS COLECTIVOS

§1268. Plan — Los derechos colectivos relacionados con el Estatuto de la función pública son los siguientes: (i) el derecho a organizarse sindicalmente y (ii) el derecho a la huelga.

§1269. Derecho a organizarse sindicalmente — De conformidad con el Art. 95 de la C, se reconoce expresamente que por cuanto los trabajadores, "sin

distinción alguna" y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos o intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley, quedan incluidos, también, los funcionarios públicos. Y respecto a su afiliación dentro del marco de la ley, esta no puede ser otra que la LOTTT, pues es ella la que establece (Arts. 353 y ss.), el marco regulatorio de la libertad sindical.

Por su parte, el Art. 32, de la LEFP, reitera a los funcionarios públicos que ejerzan cargos de carrera, entre otros, el derecho a organizarse sindicalmente. No obstante, el Art. 32 de la LEFP reservó el ejercicio del derecho a organizarse sindicalmente a los funcionarios públicos de carrera que ocupen cargos de carrera, incurriendo en inconstitucionalidad, pues no podía la LEFP establecer distinciones entre categorías de trabajadores, con lo cual se incurrió en una evidente inconstitucionalidad (Caballero Ortiz).

Además, la LEFP somete el derecho a organizarse sindicalmente a lo establecido en la LOTTT y su Reglamento, lo condiciona a "cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública", expresión esta un tanto genérica e indeterminada que será necesario precisar jurisprudencialmente.

Finalmente, la LOTTT, Título VII, Del Derecho a la Participación Protagónica de los Trabajadores, Trabajadoras y sus Organizaciones Sociales. Capítulo I De la Libertad Sindical, Sección Tercera De las Organizaciones Sindicales Arts. 365 a 373 y su respectivo Reglamento constituyen la normativa vigente sobre la materia.

§1270. Derecho a la huelga — El Art. 97 de la C consagra que todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley, derecho este sobre el cual se ha pronunciado el Máximo Tribunal al afirmar que se trata de un derecho otorgado a todos los trabajadores, sean del sector público o privado, con las limitaciones establecidas en la Ley (Véase Sent. Nº 139 del TSJ/SC, de fecha 16 de febrero de 2004, caso *Fundación Trujillana de Salud).*

Sin embargo, la doctrina sostiene que la LEFP restringe el derecho a la huelga, de forma inconstitucional por discriminatorio, al establecerlo solo para los funcionarios de carrera que ocupen cargos de carrera (Art. 32 de la LEFP).

§1271. Limitaciones del derecho a la huelga — El ejercicio del derecho a la huelga, por parte de los funcionarios públicos, debe ser compatible con la

índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. El conocimiento de los conflictos que se ocasionaren con tal motivo deben ser conocidos por los tribunales con competencia contencioso administrativo funcionarial (Art. 32 de la LEFP).

DEBERES FUNCIONARIALES

A. OBLIGACIONES FUNCIONARIALES

§1272. Introducción — Las obligaciones admiten dos especies, según la materia sobre la cual recaigan: (i) las funcionales o profesionales que exigen que el funcionario público satisfaga el cumplimiento de la función pública que tiene señalada, de las labores que se le han encomendado, con dedicación y eficacia y (ii) las personales que se relacionan con la conducta personal del funcionario público, sin relación directa sino indirecta con la función pública, a efecto de que cumpla debidamente con obligaciones funcionales.

En este orden de ideas, se observa que además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios públicos están obligados a cumplir cabalmente las conductas que se consagran en el Art. 33, nums. 1 al 11 de la LEFP.

B. PROHIBICIONES FUNCIONARIALES

§1273. Enumeración — Según el Art. 34 de la LEFP las prohibiciones están expresadas en cuatro supuestos, a saber:

- Celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro con las personas de Derecho público o privado estatales (num. 1)
- Realizar propaganda, coacción pública u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político en el ejercicio de sus funciones (num. 2)
- Intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realice cualquier persona para celebra cualquier contrato con las personas de Derecho público o privado estatales (num. 3)
- Y por último, aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional (num. 4)

C. INCOMPATIBILIDADES FUNCIONARIALES

§1274. Consagración — La prohibición de la compatibilidad del ejercicio simultáneo de un cargo público con otro cargo público o empleo, actividad o profesión privada se ha justificado desde siempre por razones de ética –colisión de intereses públicos o privados– y también de productividad, pues no se concibe pueda ser óptima en dos empleos o profesiones.

En este punto, el fundamento de estas disposiciones está en la Constitución (Art. 148). Por su parte, el Art. 35 de la LEFP dispone que los funcionarios públicos no podrán desempeñar más de un cargo público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública* Paredes Editores, Caracas, 2012; Caballero Ortíz, J., *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público,* Ed. Paredes, Caracas, 2006; Silva Cimma, E., *La función pública*, Ediciones de la CGR, Caracas, 1978.

Tema 30. Régimen Disciplinario

Sumario: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD FUNCIONARIAL: Responsabilidad personal. Responsabilidad disciplinaria. POTESTAD DISCIPLINARIA: Principios. Faltas y sanciones disciplinarias. Extinción de la responsabilidad disciplinaria.

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD FUNCIONARIAL

A. RESPONSABILIDAD PERSONAL

§1275. Introducción — El funcionamiento de la Administración Pública es materializado por los funcionarios públicos que actúan en su nombre, siendo entonces una ficción jurídica necesaria trasladar las faltas cometidas por los funcionarios públicos al Estado o Administración Pública, con el fin de proteger al perjudicado por los daños que se le causen, lo que no quiere decir que los funcionarios públicos no sean responsables nunca por sus actos, pues cuando medie una falta de servicio y pueda efectivamente detectarse y conectarse a una "falta personal" de los funcionarios públicos, estos podrán quedar comprometidos patrimonialmente sea frente a las víctimas, sea frente al propio Estado por vía de las acciones de regreso, en caso de que el Estado sea demandado directamente y condenado a indemnizar.

En tal sentido, la importancia del problema de la responsabilidad personal del funcionario público tiene como finalidad evitar el abuso del poder y asegurar las garantías efectivas de los derechos fundamentales de todas las personas.

§1276. Concepto — Responsabilidad es una expresión que genéricamente indica la obligación de aquel a quien por cualquier título incumben las consecuencias de un hecho dañoso.

Hemos dicho que el vínculo que crea la relación de empleo público comporta un conjunto de derechos y deberes funcionariales. Ahora, cuando en el ejercicio de sus funciones el funcionario público realiza hechos o actos que transgredan los deberes funcionariales aparece la responsabilidad funcionarial, esto es, la obligación de reparar o satisfacer el daño causado, sea a las personas, a otros funcionarios públicos o a la Administración Pública misma.

Establecer si la responsabilidad del funcionario público es o no personal obliga a distinguir entre: (i) la falta pura de servicio; (ii) la falta personal pura y, por último, (iii) la falta personal impura.

§1277. Falta pura de servicio — El caso de una falta pura de servicio es cuando las faltas cometidas por el funcionario público son puramente funcionales e inseparables del ejercicio de sus funciones públicas, acarreando como consecuencia la responsabilidad única de la Administración Pública; de lo contrario, ningún funcionario público firmaría ningún acto administrativo materializando las competencias de la Administración Pública ni laboraría para ella.

§1278. Falta personal pura — Se da en el caso extremo contrario, es decir, cuando la falta personal exonera de responsabilidad a la Administración Pública y se imputa únicamente al funcionario público. Para ello, es necesaria una falta personal pura, esto es, totalmente desconectada del servicio. Nada mejor para entenderlo que un buen ejemplo: un policía que esté de vacaciones y le proporciona lesiones graves a un hombre por los celos que le ocasiona el que dicho hombre moleste a su amiga. Obsérvese aquí que se está en presencia de una desconexión total del servicio policial.

En consecuencia, la falta personal es aquella que se comete por parte del funcionario público tanto dentro como fuera del servicio, la cual debe ser separable del ejercicio de sus funciones ya que, de lo contrario, si no es separable no estaríamos en presencia de falta personal sino de falta pura de servicio, acarreando como consecuencia la responsabilidad única de la Administración Pública. Igualmente, la falta personal muestra al funcionario público como ser humano, en su vida privada, con desenfrenos, debilidades, pasiones, etc.

§1279. Falta personal impura — En último lugar, se puede originar la responsabilidad solidaria entre la Administración Pública y el funcionario público, cuando la falta personal del funcionario público está vinculada con el servicio, lo que se ha denominado falta personal impura.

En tal sentido, nada mejor para entenderlo que un buen ejemplo: un policía que estando en horas laborales, utiliza su arma de trabajo para herir a un joven que tomaba una manzana del árbol de la casa de un vecino.

B. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§1280. Sistema de responsabilidad funcionarial — Junto a la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio de la función pública, la Constitución también ha previsto la responsabilidad del funcionario público en general, según se desprende de los Arts. 25, 139 y 141, *eiusdem*.

En efecto, el Art. 25 de la C dispone lo siguiente:

> Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Por su parte, el Art. 139 de la C consagra: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley".

El Art. 141 de la C establece:

> La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Y de manera más particular, en desarrollo de las disposiciones constitucionales mencionadas, el Art. 79 de la LEFP dispone que los funcionarios públicos responderán penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad no excluirá la que pudiere corresponderles por efecto de otras leyes o de su condición de ciudadanos.

Asimismo, la LEFP dispone que aquel funcionario público que estando en la obligación de sancionar, no cumpla con su deber, será sancionado por la autoridad correspondiente conforme a lo establecido en la presente Ley, sus reglamentos y demás leyes que rijan la materia. Esta responsabilidad no excluirá la que pudiere corresponderles por efecto de otras leyes o de su condición de ciudadanos o ciudadanas (Art. 79 de la LEFP).

Y por último, la LEFP dispone que los funcionarios públicos que renuncien, disminuyan o comprometan sus competencias de dirección o de gestión en la función pública, mediante actos unilaterales o bilaterales, serán responsables de los perjuicios causados a la República por responsabilidad administrativa, civil y penal, de conformidad con la ley (Art. 80 de la LEFP).

§1281. Clases — Del incumplimiento de los deberes por el funcionario público puede originarse una cuádruple responsabilidad: (i) la responsabilidad civil; (ii) la responsabilidad penal; (iii) la responsabilidad administrativa y, por último, (iv) la responsabilidad disciplinaria, las cuales obedecen a pro-

cedimientos diferentes, a sujetos distintos que la imponen, y guardan entre sí una real y verdadera autonomía, aun cuando pueden ser originados por un mismo hecho (Véase Sent. del TSJ/SPA (1030), de fecha 9 de mayo de 2000, RDP Nº 82, p. 778).

Estos distintos tipos de responsabilidad funcionarial no son excluyentes entre sí, pues si bien es sabido que el principio *non bis in idem* implica la prohibición de la imposición sucesiva o simultánea de más de una sanción cuando existe identidad de sujeto, supuesto de hecho y fundamento y bien jurídico protegido; ello no impide la imposición de responsabilidades de distinta naturaleza y finalidades específicas e inconfundibles (principio de independencia) (Araujo-Juárez).

§1282. Jurisprudencia — Finalmente, el Alto Tribunal (Véase Sent. Nº 943 del TSJ/SPA, de fecha 15 de abril de 2001, caso *Gladys Josefina Jorge Saad (viuda) de Carmona y otros*), sobre la responsabilidad personal del funcionario público, ha sostenido que quien es funcionario público, *per se* tiene esa cualidad las 24 horas del día, en palabras populares: esa cualidad se la lleva para su casa; por ello, por ejemplo, las regulaciones normativas de carácter general o particular destinadas a prohibir que mientras se es funcionario público puedan ejercerse otros cargos públicos o incluso privados que se contrapongan con la actividad de servicio público correspondiente (con las excepciones legales, tal como la aceptación de cargos de docencia, etc.).

II. ACCIÓN PÚBLICA

§1283. Legitimación — De conformidad con el Art. 285, num. 5 de la C, en concordancia con el Art. 81 de la LEFP, le corresponderá al Ministerio Público intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, ello no menoscabará el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a las personas o a otros funcionarios públicos, de conformidad con la ley.

POTESTAD DISCIPLINARIA

§1284. Jerarquía administrativa — La relación jurídica que vincula entre sí los órganos administrativos y los funcionarios públicos mediante poderes de subordinación con el fin de coordinar y dar unidad a la acción de todos ellos, constituye la jerarquía administrativa. La consecuencia lógica de la subordinación jurídica que implica la jerarquía administrativa es la existencia de una potestad jerárquica que se manifiesta de diversos modos, cada uno

de los cuales constituye un poder o potestad: disciplinaria, reglamentaria, de instrucción, de control y de revocación.

A. PRINCIPIOS

§1285. Planteamiento — El tratamiento de los principios generales referidos al procedimiento administrativo en general, son de aplicación al procedimiento administrativo disciplinario en particular, sin perjuicio de los que son específicos a este último (Araujo-Juárez).

En tal sentido, existe un doble criterio diferenciador en atención a la directa relación o no que los principios generales presentan en sede del procedimiento administrativo: (i) los que informan la actuación de los órganos del Poder Público en un plano general y, por ende, directamente aplicables a la organización y actividad de la Administración Pública y (ii) aquellos otros que tienen directa repercusión en el procedimiento administrativo como instituto jurídico, y en ambos casos, los que por tener tan amplia proyección se erigen en principios de cabecera, capaces de aglutinar, a su vez, otros principios derivados y más específicos como se ponen de relieve en el procedimiento administrativo disciplinario.

§1286. Principio de la legalidad sancionatoria — El principio de legalidad que debe vincular toda actuación administrativa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 30 de julio de 1984, RDP Nº 19, p. 25) adquiere, en el contexto de la potestad disciplinaria, caracteres específicos, la cual, como manifestación de la potestad represiva del Estado, debe adecuarse, con sus particularidades, al principio de legalidad sancionatoria recogido en el Art. 10 de la LOPA.

En este sentido, podemos dividir lo que puede denominarse manifestaciones del principio de la legalidad, que a su vez se traducen en limitaciones en materia sancionatoria, en los aspectos fundamentales siguientes: (i) el principio de la reserva legal: (ii) el principio de tipicidad; (iii) el principio de prohibición de sufrir indefensión: (iv) el principio de la irretroactividad y, por último, (v) el principio de control.

§1287. Principio de la reserva legal — El principio de legalidad en la vertiente sancionatoria implica la no existencia de infracción ni sanción administrativa sin norma legal que la prevea (principio de la reserva legal), o basada en norma distinta o de rango inferior a las de rango legal, dentro de los límites determinados por la ley (Art. 10 de la LOPA), como por ejemplo, un reglamento, en los términos fijados por la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA (95), de fecha 05 de junio de 1986, caso *Difedemer C.A.,* RDP, Nº 27, p. 88. En el mismo sentido: CSJ/SPA, de fecha 14 de febrero de 1991,

RDP, Nº 46, p. 87; CSJ/CP, de fecha 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión,* JCSJ, 1997, Nº 2, p. 87).

§1288. Principio de la tipicidad — El principio de legalidad, desde la perspectiva del principio de la tipicidad (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 13 de diciembre de 1984, RDP, Nº 20-128; 28 de enero de 1986, RDP, Nº 25, p. 86), significa que la conducta antijurídica (falta administrativa) y su consecuencia (sanción) deben estar no solo previstas en una norma preexistente de rango legal (legalidad de la sanción), sino descritas con la suficiente concreción de todos sus elementos.

En consecuencia, el principio de la tipicidad excluye la interpretación analógica o las cláusulas abiertas (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 28 de enero de 1986, RDP, Nº 25, p. 86).

§1289. Principio de prohibición de sufrir indefensión — El respeto del principio de prohibición de sufrir indefensión, esto es, del derecho a la defensa, es reconocido en el Art. 49 de la C, que es de aplicación a los procedimientos administrativos disciplinarios que la Administración Pública debe seguir para la imposición de sanciones disciplinarias (Véase Sent de la CPCA, de fecha 13 de diciembre de 1984, RDP, Nº 20, p. 128).

La garantía del derecho a la defensa está consagrada, a su vez, en los Arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; y finalmente en los Arts. 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica del 1969.

§1290. Principio de la irretroactividad — Es también manifestación del principio de legalidad, el que la norma que prevea y tipifique la conducta debe ser anterior a la comisión de la misma, prohibiéndose la retroactividad de la norma sancionadora o desfavorable.

§1291. Principio de control — Y por último, el control o revisión de la potestad disciplinaria por parte de: (i) la propia Administración Pública a través de los pertinentes recursos administrativos y (ii) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa funcionarial mediante la oportuna acción procesal (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 11 de mayo de 1980, RDP, Nº 3, p. 108).

§1292. Principio de la proporcionalidad — Cabe hablar del principio de la proporcionalidad entre los hechos y las sanciones disciplinarias adoptadas. De tal modo que las sanciones disciplinarias entre límites variables –un mínimo y un máximo– han de ser siempre proporcionadas a los fines que las justifican y a los hechos que las motivan.

En este sentido, el Art. 12 de la LOPA, consagra expresamente el principio de proporcionalidad como límite al poder sancionatorio de la Administración Pública. Según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la referida norma establece que cuando la autoridad competente esté facultada para imponer una sanción, ésta tiene la obligación de hacerlo con la debida adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción (Véase Sents. Nº 1666 del TSJ/SPA, de fecha 29 de octubre de 2003; y Nº 47 del TSJ/SPA, de fecha 19 de enero de 2011). Así, cuando una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración Pública no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

§1293. Principio *non bis in idem* — El principio constitucional conforme al cual nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente, constituye un postulado fundamental en el campo de la aplicación del procedimiento administrativo debido y, en especial, de los procedimientos administrativos sancionatorios (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 24 de enero de 1991, caso *Francisca B. Silguero*, RDP, Nº 45, p. 182).

Por tanto, el principio *non bis in idem* (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 20 de mayo de 1994 caso *Federación Venezolana de Deportes Ecuestres*, RDP, Nº 57/58, p. 185), implica la prohibición de la imposición sucesiva o simultánea de más de una sanción administrativa por el mismo hecho (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 9 de agosto de 1984, RDP, Nº 20, p. 120), salvo que el Ordenamiento jurídico permita una dualidad de procedimientos administrativos, y en cada uno de ellos, el enjuiciamiento y calificación se hagan de manera independiente, si resulta de la aplicación de normativas diferentes (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 28 de enero de 1986, RDP, Nº 25, p. 86), esto es, la aplicación en forma acumulativa de varias sanciones por un mismo hecho, con carácter de principales o una de ellas accesoria (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 21 de junio de 1990, RDP, Nº 43, p. 47).

§1294. Principio de la presunción de inocencia — Sin perjuicio de que se califique la presunción de inocencia como un derecho a ser asegurado en ella –el cual, además, es de naturaleza fundamental–, lo cierto es que la misma ha de ser considerada como un principio informador del *ius puniendi* del Estado. En tal sentido, el principio de la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe también entenderse de absoluta aplicación dentro

del procedimiento administrativo sancionatorio, pues ambos son manifestaciones del Ordenamiento punitivo del Estado.

Por ello, la presunción de inocencia, principio general en materia de procedimientos administrativos sancionatorios, opera con la misma función e igual intensidad en el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria, por lo que se concluye, la carga de probar los hechos constitutivos de cada falta disciplinaria corresponde a la Administración Pública, sobre la base de una doble certeza: (i) la de los hechos imputados,y (ii) la de la culpabilidad (A. Nieto).

B. FALTAS Y SANCIONES DISCIPLINARIAS

§1295. Faltas disciplinarias — Las faltas disciplinarias son determinadas conductas de los funcionarios públicos que se expresan en hechos relacionados con los deberes, prohibiciones y derechos que la ley les señala para el ejercicio de sus cargos.

De acuerdo con el Art. 82 de la LEFP, independientemente de las sanciones previstas en otras leyes aplicables a los funcionarios públicos en razón del desempeño de sus cargos, estos quedarán sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias: (i) amonestación escrita y (ii) destitución.

§1296. Sanciones disciplinarias — Son una consecuencia necesaria de la organización administrativa y del principio de jerarquía dentro de la Administración Pública, y buscan asegurar el respeto del principio de jerarquía y, en general, el exacto cumplimiento de los deberes funcionariales.

Para su aplicación correcta han de observarse las formas propias del procedimiento administrativo disciplinario consagradas en los Arts. 89, 90 y 91 de la LEFP, cuya finalidad es investigar exhaustivamente la existencia de las faltas y comprobar el incumplimiento que las provoca. En cuanto a las clases de sanciones administrativas disciplinarias estas son de dos tipos: (i) la amonestación escrita y (ii) la destitución.

§1297. Amonestación escrita — Se trata de una sanción de naturaleza correctiva, que tiene por objeto la enmienda del funcionario público que ha incurrido en una falta de naturaleza leve, y no produce la ruptura de la relación de empleo público. Son faltas administrativas disciplinarias o causales de amonestación escrita las que se encuentran tipificadas en el Art. 83, nums. 1 al 7 de la LEFP.

§1298. Destitución — Es una sanción exclusivamente disciplinaria, la más grave de las previstas en la LEFP, y al contrario de la anterior, consiste en

la expulsión del funcionario público al producir la ruptura de la relación de empleo público. La misma es aplicable tanto a los funcionarios públicos de carrera como a los de libre nombramiento y remoción que incurran en faltas graves.

Por último, son faltas administrativas disciplinarias o causales de destitución las mencionadas expresamente en el Art. 86, nums. 1 al 14 de la LEFP.

C. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

§1299. Concepto — La extinción de la responsabilidad disciplinaria del funcionario público tiene lugar con el cumplimiento de la sanción, la muerte del funcionario público, o prescripción de la falta o de la sanción.

Ahora bien, la LEFP se refiere únicamente a la prescripción de las faltas como forma de extinción de la responsabilidad disciplinaria. En efecto, de acuerdo con el Art. 87 de la LEFP, las faltas de los funcionarios públicos sancionados con amonestación escrita prescribirán a los seis (6) meses, a partir del momento en que el supervisor inmediato tuvo conocimiento del hecho y no inició el procedimiento administrativo disciplinario correspondiente.

Asimismo, de acuerdo con el Art. de la LEFP, las faltas de los funcionarios públicos sancionados con la destitución, prescribirán a los ocho (8) meses, a partir del momento en que el funcionario público de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad tuvo conocimiento, y no hubiere solicitado la apertura de la correspondiente averiguación administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública* Paredes Editores, Caracas, 2012, Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Carrillo Artiles, C. L., "La Tutela del Derecho a la Defensa en los Procedimientos Disciplinarios de la Ley del Estatuto de la Función Pública", en *RIDPA* Nº 6, Año 6, San José de Costa Rica, 2006 y "La reorbitación de los derechos y deberes de los funcionarios públicos en la Ley del estatuto de la Función Pública", *en El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó,* FUNEDA, Caracas, 2003; Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador,* Barcelona, 1974; Ortiz Álvarez, L., *La Responsabilidad de los Funcionarios Públicos,* Ed. Sherwood, Caracas, 2002.

SEXTA PARTE

LA TEORÍA DEL CONTROL ADMINISTRATIVO

LECCIÓN 9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Tema 31. Concepto

Sumario: TEORÍA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: Origen. Evolución. Concepto. Procedimiento administrativo cuasijurisdiccional. LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: Antecedentes. Rango jerárquico. Ideas capitales. Ámbitos de aplicación.

TEORÍA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A. ORIGEN

§1300. Planteamiento — La doctrina contemporánea insiste en la importancia del procedimiento administrativo desde una nueva perspectiva comprometida con la calidad de la función administrativa. En tal sentido, no hay duda de que el procedimiento administrativo representa, en el ámbito de la función administrativa, una manifestación capital de la cláusula constitucional del Estado de Derecho y expresión del cambio habido en las relaciones entre el Estado y las personas. De ahí que el procedimiento administrativo se haya revalorizado enormemente en el seno del Derecho comparado. El procedimiento administrativo es así un medio para hacer realidad el principio de buena Administración.

§1301. Origen — En los mismos orígenes del Derecho administrativo, el principio inicial consistía en la libertad procedimental o informalismo de que gozaban las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus cometidos estatales, en virtud del cual seguían el cauce que técnicamente les parecía más conveniente.

Esta ausencia originaria de preocupación por las normas adjetivas o formales, cuya principal razón es de carácter histórico-político, en cuanto que la función administrativa es la última de las funciones estatales sometidas al Ordenamiento jurídico, se va paulatina y profundamente transformando en todos los sistemas jurídicos, si bien de muy diversas maneras y a diferentes grados, cuando el acento se coloca en la génesis del acto administrativo, cuenta tenida de la influencia determinante que puede tener sobre su contenido y valor.

§1302. Fenómeno de procedimentalización — En la sumisión al Derecho se encuentra la razón de ser del procedimiento administrativo. En efecto, constituye un requerimiento del principio de legalidad la fijación de un

instrumento jurídico que con alcance procedimental, indique el camino por transitar en la preparación, emisión, impugnación y ejecución del acto administrativo. Es así como el señalado principio, en suma, viene a conformar y condicionar la actuación de la Administración Pública a través del fenómeno de procedimentalización de la función administrativa que, por ser de acción anticipada, permite prevenir o evitar la adopción o ejecución de un acto administrativo contrario a Derecho o la realización de un hecho antijurídico. Así, el procedimiento administrativo juridifica la función administrativa al someterla a reglas o pautas formales, pues en el Derecho Público no puede existir nada si no existe la forma.

B. EVOLUCIÓN

§1303. Plan — La noción de procedimiento administrativo, tema de singular trascendencia como trataremos poner de relieve, requiere de unas precisiones conceptuales indispensables, cuenta tenida de la relatividad de la categoría misma de procedimiento (González Navarro, Sandulli), que hacen necesarias precisiones de carácter: (i) etimológico; (ii) técnico y, por último, (iii) jurídico.

§1304. Etimológico — El término procedimiento proviene del verbo latino "*procedere*", que a su vez se compone de las voces: "*pro*", prefijo que significa adelante, y "*cedo*", que denota marchar. Esta acepción etimológica viene a expresar tanto "avanzar" como "ir adelante", dando la idea de un camino por recorrer que conduce a una finalidad determinada; un "*iter*" o secuencia que es preciso seguir para llegar a una meta, no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos.

§1305. Técnico — Desde una posición meramente descriptiva, toda conducta compleja, reiterada, que exija varios actos sucesivos para alcanzar un fin determinado, tiende espontáneamente a estereotiparse, de la forma más simple y que resulte menos costosa.

Pero recibe el nombre técnico de procedimiento aquel que fija preestablecidamente los cauces de los actos que contribuyen a perseguir un objetivo final. El procedimiento surge cuando los cauces de obtención de determinados fines son fijos, predeterminados, ordenando conductas reiteradas para objetivos finales idénticos.

§1306. Jurídico — Solo cuando existe el encadenamiento de actos tramitados según un orden y forma de proceder fijados preestablecidamente, que además se encuentran en íntima relación con la unidad de efecto jurídico común o final, recibe el nombre jurídico de procedimiento.

La teoría jurídica contemporánea está, en general, de acuerdo en constatar la unidad de la categoría del procedimiento jurídico en todas las ramas del Derecho. Es evidente que cada una de ellas crea para sí instituciones procedimentales diferentes, adaptadas a sus propias exigencias y a sus condiciones particulares. De ahí, bástenos decir, que es fundamentalmente exacto que el procedimiento es un concepto de la Teoría General del Derecho.

Así, el procedimiento sería la regulación del modo de producción de los actos jurídicos inferiores partiendo de las normas superiores. Toda la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente en cumplimiento de una función jurídica estatal, quedarían englobados dentro del concepto genérico de procedimiento jurídico como categoría general de Derecho público. Así, habría un procedimiento legislativo, un procedimiento administrativo y un procedimiento judicial.

§1307. Función administrativa — Si se entiende por procedimiento la combinación de actos que deben cumplirse para llegar a un fin determinado, el procedimiento administrativo se endereza a la satisfacción del interés público y es, por tanto, el vehículo formal mediante el cual se ejercita la función administrativa, o lo que es lo mismo, como afirma la doctrina española (González Navarro):

> La serie de actos heterogéneos y concatenados emanados de la Administración o del particular y dirigidos a la producción de un acto o de una norma administrativa que sean ajustados al Ordenamiento jurídico, así como, en su caso, aquéllos otros encaminados a la efectividad o ejecución de ese acto.

El procedimiento administrativo es, en rigor, respecto de la función administrativa, lo que el acueducto al agua, el conducto por el que transita –en nuestro caso– en términos de Derecho, la función administrativa. En consecuencia, el procedimiento administrativo será, por tanto, el procedimiento de la función administrativa (González Pérez). Por consiguiente, toda actividad formal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y, por ello, existe una identidad absoluta entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo.

§1308. Caracteres — De lo dicho se desprende que el procedimiento administrativo es: (i) de carácter administrativo, vale decir, no jurisdiccional; (ii) es funcional, en cuanto que es propio de la función administrativa y, por último, (iii) es también integral, porque comprende *in integrum* toda la función administrativa de cualquier órgano o ente público, estatal o no estatal, o incluso de Derecho privado, en virtud del ejercicio de una potestad administrativa atribuida por el Ordenamiento jurídico.

§1309. Visión renovadora o dinámica — Frente a la consideración tradicional o estática del procedimiento administrativo como una sucesión de actos administrativos de trámite, se observa que el mismo no es solo una multiplicidad de elementos simples y separados; es, por el contrario, un sistema conceptual, en el que el todo, el procedimiento administrativo, es más que la mera suma de sus partes, los actos de trámite.

Por otro lado, señala la doctrina española (Ponce Solé), que siempre ha primado una visión puramente defensiva del procedimiento administrativo (primer círculo de garantías según García De Enterría), mientras que la nueva visión dinámica, sin abandonar en ningún momento su preocupación por la garantía de los administrados, se basaría en la consideración del mismo como modo de desarrollo de la función administrativa de servicio o tutela del interés público, que ayuda también a asegurar el acierto del resultado. Y es que desde la perspectiva constitucional no solo hay Administración Pública legal o ilegal, sino también –con importancia decisiva– Administración Pública eficaz o ineficaz, o lo que es lo mismo, buena o mala Administración Pública.

La LOPA se hace eco de este principio fundamental: en su articulado se manifiestan unidas las dos finalidades básicas a que responde el procedimiento administrativo (primer círculo de garantías según García De Enterría). En efecto, si el procedimiento administrativo constituye una auténtica garantía para los administrados en relación con los derechos o intereses cualificados de que son titulares respecto de la Administración Pública, no es extraño al mismo su trascendencia como una garantía del interés general o público como acertadamente se sostuvo en una antigua sentencia (Véase Sent. de la CF, de fecha 4 de noviembre de 1958, GF Nº 22, p. 113).

C. CONCEPTO

§1310. Plan — La naturaleza del procedimiento administrativo propuesto como concepto general, ha sido elaborada por la doctrina según teorías y puntos de vista diversos, aun cuando no contradictorios, así: (i) combinación de actos; (ii) serie de tiempos, de momentos y (iii) serie de actos y de fases.

§1311. Combinación de actos — El procedimiento administrativo consistiría, según esta teoría, en la sucesión formal de una pluralidad de actos, de diversa naturaleza y función, cumplidos por uno o más sujetos u órganos, pero referidos, no obstante su heterogeneidad y relativa autonomía, a la consecución del mismo fin.

Desde esta perspectiva estática, el procedimiento administrativo no se limita a la producción del acto administrativo respectivo, sino que se ex-

tiende a todas sus manifestaciones y a los medios de impugnación en vía administrativa, aunque no supone de modo forzoso la existencia de un acto.

§1312. Serie de tiempos, de momentos — Bajo esta tesis de la doctrina italiana, no es la combinación de actos la que determina la naturaleza del procedimiento administrativo, sino que se refiere al aspecto dinámico de un fenómeno que se concreta en la serie de tiempos, de momentos, en los que se producen uno o varios actos.

Así, el procedimiento administrativo viene a representar el desarrollo del conjunto de actividades que desembocan en una manifestación Se trata, por ello, de un concepto esencialmente formal, referente al aspecto dinámico del fenómeno mencionado y que, por lo tanto, se resuelve en una sucesión de momentos en el tiempo. El procedimiento no está integrado por actos, sino por una sucesión de tiempos, de unidades temporales. El marco entre los diversos actos es su realización en una serie de fases sistemáticamente distribuidas en el tiempo (A. Sandulli).

§1313. Serie de actos y de fases — Como fórmula de armonización entre las teorías expuestas, se entiende el procedimiento como serie de actos y de fases, pues lo que se obtiene en el encuadre de aquellos actos es una serie de momentos concretados en el tiempo.

De ahí observa la doctrina italiana (U. Fragola) que la formación del acto administrativo se produce a través de una serie de fases y comportamientos de diversos sujetos o de varios órganos y, por tanto, el procedimiento es de concatenación de actos, y esto supone una serie de fases.

En conclusión, el procedimiento administrativo se describe como el cauce formal, jurídico, administrativo y necesario, a través del que se configura la formación del acto administrativo.

D. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CUASIJURISDICCIONAL

§1314. Concepto — Finalmente, la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 438 del TSJ/SC, de fecha 4 de abril de 2001) y un sector de la doctrina ha pretendido introducir en el Derecho positivo la tesis del denominado procedimiento administrativo cuasijurisdiccional, como colofón de otra pretendida innovación como lo es la teoría del acto administrativo cuasijurisdiccional.

De acuerdo con la jurisprudencia, se trataría de una especial categoría de actos denominados actos administrativos "cuasijudiciales" o "cuasijurisdiccionales", en virtud de que la Administración Pública realizaría una función de "cuasijuzgamiento", aplicando criterios de justicia, en su propia sede, con

sus propios órganos, mediante sus funcionarios y en virtud de atribuciones otorgadas expresamente por la Ley. Serían aquellos casos de relaciones triangulares entre dos sujetos particulares con intereses contrarios y la Administración Pública.

§1315. Examen de la teoría expuesta — El carácter cuasijurisdiccional derivaría de lo especial del procedimiento administrativo seguido, parecido al judicial, y no tanto del contenido del acto en cuestión.

Sin embargo, la función jurisdiccional tiene rasgos instransferibles al acto administrativo llamado impropiamente jurisdiccional; además la contradicción surge cuando se afirma, por otro lado, que tales actos son netamente administrativos, por lo cual no constituirían una categoría intermedia entre las sentencias del Poder Judicial y los actos de la Administración Pública (Véase Sent. Nº 438 del TSJ/SC, de fecha 4 de abril de 2001).

LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

A. ANTECEDENTES

§1316. Derecho positivo — La legislación del procedimiento administrativo no tiene una larga tradición. Sin embargo, los antecedentes constitucionales se remontan a la Constitución de 1830 (Art. 186, Título XXVI, Disposiciones Generales).

La LOPA es sancionada el 7 de mayo de 1981, y entró en vigencia a partir del 1º de enero de 1982 y desde entonces representa el núcleo básico de la materia. Ahora, la LOPA marca la evolución en la materia y constituye junto con la LSTA y la LOAP la normativa básica aplicable –directa o indirectamente– por todas las Administraciones Públicas en sus relaciones jurídicas con las personas.

Según la jurisprudencia, la LSTA establece ciertos principios y disposiciones que tienen por objeto racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública, mejorando su eficacia pertinencia y utilidad (Véase Sent. Nº 695 del TSJ/SPA, de fecha 23 de marzo de 2006, RAP Nº 105, p. 180).

§1317. Fenómeno de juridificación — En la Exposición de Motivos de la LOPA se manifiesta la necesidad de procedimentalizar la actividad de la Administración Pública, lo cual tiene asidero en la idea de que así como existe un procedimiento para las funciones legislativa y judicial, respectivamente,

se debe también adjetivar el ejercicio de la función administrativa; de ahí que la LOPA al crear el adecuado procedimiento administrativo que sirva de molde o cauce preciso de la función administrativa, viene a ser la ley básica, general y, a la vez, especial de la actividad administrativa procedimental.

Ello porque el régimen del procedimiento administrativo marca, como ha advertido la doctrina española (García De Enterría), el estatuto ordinario de la persona en sus relaciones con la Administración Pública. La LOPA supuso, por tanto, un extraordinario avance en el desarrollo del catálogo de los derechos ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública, facilitando, al mismo tiempo, la modernización del obrar administrativo mediante la incorporación de reglas de juridificación de la misma.

B. RANGO JERÁRQUICO

§1318. Derecho positivo — El art. 203 de la C fija los diversos criterios objetivos para designar a las leyes a los cuales se encuentra condicionada la función legislativa. Por su parte, la jurisprudencia del TSJ/SC (Véase Sents. Nº 537 del TSJ/SC, de fecha 12 de junio de 2000, caso *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, RAP Nº 82, Caracas, p. 141), posteriormente ratificada en sucesivos fallos, fijó el alcance de la nueva clasificación constitucional para calificar la ley de procedimientos administrativos como orgánica.

C. IDEAS CAPITALES

§1319. Amplitud de contenido — Aunque la LOPA tiene un contenido más amplio del que sugiere la expresión procedimientos administrativos en sentido estricto; es, sin duda, la fuente esencial que regula esa materia. Lo normado por la LOPA concierne fundamentalmente al aspecto formal de los modos de proceder de la Administración Pública, o sea, a lo adjetivo de su gestión, quedando excluido del concepto de procedimiento administrativo todo lo que atañe al Derecho de fondo, tanto de la Administración Pública como de los administrados. Esta distinción la estimamos importante porque está en la base de la construcción del procedimiento administrativo.

§1320. Unidad y flexibilidad — La segunda característica de la LOPA es el criterio rector de la unidad que se conjuga armónicamente con la flexibilidad y variedad, esto es, con la no uniformidad. La uniformidad hubiera sido tan imposible como inconveniente, irrazonable, si se tomaran en cuenta las materias peculiares que por su misma especialidad la desbordan.

Por ello la LOPA no estableció un procedimiento uniforme, sino un conjunto de principios de actuación destinados a dar un marco procedimental a la función administrativa. Aunque no se limita a regular el procedimiento

administrativo, este constituye el núcleo esencial de la LOPA, presidido en su plasmación legislativa por el objetivo de lograr la mayor uniformidad posible, reconduciendo a la unidad y a completar los procedimientos administrativos, cualesquiera que sea la materia, finalidad o ente público.

§1321. Modernidad — Como tercera característica, creemos que puede decirse que, aun hoy día, la LOPA es una ley moderna, conforme al mandato del Art. 10 de la LOAP. Por supuesto, este calificativo no alude, en modo alguno, al año de su promulgación, del cual han transcurrido más de tres décadas, sino que queremos sintetizar la preocupación del legislador por la eficacia, su atenuado formalismo, su tecnicismo y trasfondo científico, su aspiración a potenciar el empleo de técnicas modernas (racionalidad, tecnología, automatización), su aspiración a la celeridad, economía y eficacia.

D. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

§1322. Plan — La doctrina nacional (Brewer-Carías) ha puesto de relieve que la LOPA, que tantos elogios merece por muchos conceptos, sin embrago ofrece, de entrada, un grave motivo de crítica a la primordial pregunta que a toda ley se formula: ¿Cuál es su ámbito de aplicación?

En efecto, la redacción del Art. 1 de la LOPA es confusa y origina problemas de interpretación. Partiendo de la mencionada situación, vamos a intentar establecer unas reglas que delimiten el problema del ámbito de aplicación desde tres puntos de vista: (i) el ámbito subjetivo; (ii) el ámbito material y, por último, (iii) el ámbito funcional.

I. SUBJETIVO

§1323. Planteamiento — Como cuestión previa se debe advertir que cuando se habla de Administración Pública se está empleando un lenguaje convencional, pues en realidad no existe una Administración Pública sino una pluralidad de Administraciones Públicas, tantas como centros e instancias de ejercicio del Poder Público se den en una sociedad determinada, las cuales se reconducen, sin embargo, a la unidad a través de su conexión con el Estado y que analizaremos de seguidas en su vinculación con la LOPA.

Una interpretación concatenada de los Arts. 141, 142 y 300 de la C, revela que la noción Administración Pública del Estado comprende el conjunto de órganos que constituyen el instrumento de la función administrativa del Estado.

§1324. Administración Pública Central — La LOPA comienza por fijar normativamente su ámbito subjetivo de aplicación. De acuerdo con el Art.

1, *eiusdem* está destinada a regir la actividad de la Administración Pública Nacional y de la Administración Pública Descentralizada. Aquí, la redacción poco feliz del legislador incurre en una falla técnica (Brewer-Carías), al contraponer Administración Pública Nacional y Administración Pública Descentralizada, modificando así el criterio de leyes anteriores que distinguen entre Administración Pública Central y Administración Pública Descentralizada, ambas formando parte de la Administración Pública Nacional. En suma, la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente (Véase Sent. de la CPCA, de fechas 10 de diciembre de 1987 y 5 de mayo de 1988).

La jurisprudencia ha salvado la imprecisión terminológica en que incurre el art. 1 de la LOPA, interpretando que se está refiriendo a la Administración Pública Central (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 23 de octubre de 1986, RDP Nº 28, p. 87), que comprende todos los órganos que integran el Poder Ejecutivo (acepción restringida) o Administración Pública (sentido estricto) (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 10 de enero de 1979, 14 de febrero de 1985, 6 de junio de 1985; y de la CPCA, de fecha 11 de mayo de 1980, RDP Nº 3, p. 103).

§1325. Administración Pública Descentralizada funcionalmente — Es sabido que la centralización y descentralización son nociones que tienen el mismo origen, que se sitúan en el plano de la organización administrativa. Son dos sistemas posibles y antitéticos de la estructura administrativa.

En lo concerniente a la categoría organizativa Administración Pública Descentralizada se divide en dos categorías: (i) la Administración Pública descentralizada territorialmente, conformada por los entes político-territoriales (Estados y Municipios) y (ii) la Administración Pública descentralizada funcionalmente. Al respecto, la doctrina nacional (Brewer-Carías) concluye que la LOPA solo se aplica a las entidades descentralizadas funcionalmente con forma de Derecho público de carácter estatal, por oposición a las de carácter no estatal, en suma, la Administración Pública descentralizada funcionalmente, la cual engloba la LOAP bajo la denominación de: (i) institutos públicos; (ii) institutos autónomos y (iii) demás entes descentralizados (art. 19, ord. 3 de la LOAP).

Por otro lado, las estructuras subjetivas de Derecho público sin personalidad jurídica previstas en la LOAP, son: en primer lugar, los órganos desconcentrados (Art. 91 de la LOAP); y en segundo lugar, los servicios desconcentrados sin personalidad jurídica –que sustituyen a los denominados tradicionalmente servicios autónomos sin personalidad jurídica– (Art. 93, *eiusdem*).

II. MATERIAL

§1326. Planteamiento — Una de las ideas rectoras que preside la idea de codificación del procedimiento administrativo ha sido la de que la verdadera heterogeneidad de la Administración Pública y sus actividades radica en el ámbito material, por lo que, tan solo en casos especiales, las relaciones jurídico-administrativas requerirán de normas procedimentales específicas.

En este punto, hemos de referirnos a que la LOPA no es una ley común sino general, en la idea del legislador que acepta la compatibilidad de una regulación general con la existencia de procedimientos administrativos llamados especiales en aquellos casos en que lo aconseja la materia regulada, o simplemente su inaplicabilidad.

§1327. Procedimientos administrativos especiales — La expresión de procedimientos administrativos especiales se puede emplear en un doble sentido: los regulados al margen de la LOPA, que no obstante ello, sus normas son supletorias (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 1 de agosto de 1985, JCPCA Nº 14/15, p. 78; 8 de agosto de 1985, JCPCA Nº 14/15-77; 22 de enero de 1987, JCPCA Nº 31, p. 181); y los específicamente regulados en la propia LOPA.

§1328. Leyes especiales — La LOPA regula por primera vez con carácter general el procedimiento administrativo constitutivo –al que podemos denominar ordinario o general– de los actos administrativos, es decir, aquel conforme al cual la Administración Pública sigue el proceso de toma de decisión para concluir en la adopción de un acto administrativo.

§1329. Procedimiento administrativo ordinario — Ahora bien, hechas las anteriores consideraciones de orden general, estimamos conveniente precisar cómo debe interpretarse la remisión que hace el Art. 47 de la LOPA a las leyes especiales, y si su aplicación preferente es solo al procedimiento administrativo ordinario (Brewer-Carías) o a los procedimientos especiales de los recursos administrativos, en las materias que constituyen la especialidad.

§1330. Recurso administrativo — Finalmente, la aceptación por parte de la LOPA de la existencia de los procedimientos administrativos especiales no impide concebir su aplicación con carácter supletorio en cuanto sean compatibles con aquéllos (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 28 de febrero de 1985, RDP Nº 21, p. 124), así como a los principios generales de procedimiento que habrán de prevalecer y aplicarse (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 28 de febrero de 1985, RDP Nº 21, p. 124); por lo demás, su existencia en modo alguno puede justificar un régimen diferenciado del sistema de los recursos administrativos, como bien sostuvo la doctrina nacional (Véase Dictamen

de la Procuraduría General de la República, en DPGR, 1989, p. 103) y la jurisprudencia (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 31 de octubre de 1983).

§1331. Seguridad y defensa del Estado — En cuanto el ámbito material de aplicación de la LOPA, se excluyen expresamente algunos procedimientos administrativos, cuando señala en el art. 106 de la LOPA, lo siguiente: "De la aplicación de la presente Ley quedan excluidos los procedimientos relativos a la seguridad y defensa del Estado", por entenderse que, la aplicación de la LOPA no podía entrabar las peculiaridades del funcionamiento de las Fuerzas Armadas Nacionales.

§1332. Reglamentos — Por último se impone examinar, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 47 de la LOPA si los procedimientos especiales que puedan tener aplicación preferente, son solo los previstos en leyes especiales o también comprenden los establecidos en los reglamentos.

La posibilidad de incluir a los reglamentos en la remisión que hace el art. 47 de la LOPA, a leyes especiales, habría significado que en un breve tiempo la LOPA hubiese dejado de aplicarse, porque si en cada reglamento del Poder Ejecutivo, posteriormente, se regulan procedimientos administrativos, la LOPA habría caído en desuso. De esta forma, la mención que se hace, en el artículo 47 de la *LOPA* a leyes especiales, debe interpretarse como ley en sentido formal, quedando excluidos, en consecuencia, los reglamentos (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 31 de octubre de 1983, RDP Nº 16, p. 148), salvo si se trata de aquellos procedimientos especiales regulados en reglamentos en virtud de exhortación expresa de una ley especial (Brewer-Carías).

III. FUNCIONAL

§1333. Planteamiento general — Si la necesidad de someter la Administración Pública a ciertas normas procedimentales no es discutida, ni cuestionada la existencia de tales normas, un último problema que plantea el Art. 1 de la LOPA, al señalar que los órganos sujetos a la ley ajustarán su actividad a las prescripciones de la misma, es el de si se refiere a la actividad administrativa propiamente dicha o, por el contrario, a cualquier tipo de actividad que proceda de la Administración Pública.

Es sabido, que el recurso al Derecho privado, por parte de la Administración Pública, es siempre instrumental, ya que solo tiene lugar en aquellas parcelas de la actividad pública diferentes y auxiliares del ejercicio de la función administrativa, pues las peculiaridades de la Administración Pública y el elemento teleológico de la función administrativa impone que se actúe bajo las formas, garantías y procedimientos propios del Derecho administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo,* Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* 2ª ed., EJV., Caracas, 1982; AA.VV., *El Procedimiento Administrativo,* IDP, Caracas, Vol. IV, 1983; AA.VV., *La Relación Jurídico-administrativa y el Procedimiento Administrativo,* en Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. IV, EJV-FUNEDA, Caracas, 1998; Barnes Vázquez, J., *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado,* Civitas, Madrid, 1993 y *La transformación del procedimiento administrativo,* Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008; Brewer-Carías, A.R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina,* LEGIS, Bogotá, 2003 y *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,* Col. Estudios Jurídicos Nº 6, EJV, Caracas, 2003; Fragola, U., *Manuale di Diritto Amministrativo,* 2ª Ed., Nápoles, 1946; García De Enterría, E. y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; González Navarro, F., *Derecho Administrativo Español,* T. II, EUNSA, Pamplona, 1988; González Pérez, J., *Manual de Procedimiento Administrativo,* Civitas, Madrid, 2000 y *El Principio General de Buena Fe en el Derecho Administrativo,* 3ª Ed., Civitas, Madrid, 1999; González Pérez, J., y González Navarro, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre),* Civitas, 1997; Hernández G., J. I.*, Lecciones de procedimiento administrativo,* FUNEDA, Caracas, 2007; Langrod, G., "El Procedimiento administrativo no Contencioso", *JA,* Doctrina, 1962; "Procedure administrative et droit Administratif", *RISA,* 1956; y "La doctrine allemande et la procédure administrative non-contentieuse; *RISA,* Bruxelles, 1968; Meier, H., *El Procedimiento Administrativo Ordinario,* Caracas, 1986; Moles Caubet, A. "Vicisitudes del procedimiento administrativo venezolano", en *Estudios de Derecho Público,* UCV, Caracas, 1997 y "Prólogo" al libro de Araujo-Juárez, J., *Tratado de Derecho Administrativo Formal,* Vadell Hnos. Editores, 3ª Reimpresión, Caracas, 2007; Ponce Solé, J., *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad,* Ed. LEX NOVA, Valladolid, 2001; Sandulli, A., *La procedura ammnistrativa,* Giuffré, Milano, 1964.

Tema 32. Principios

Sumario: PRINCIPIOS GENERALES: Principio de legalidad. Principio del derecho a la defensa. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS: Principios derivados de la LOPA. Principios derivados de la LOAP y LSTA.

PRINCIPIOS GENERALES

§1334. Plan — Es necesario proceder a aislar: (i) los grandes principios generales que constituyen el entramado básico y la estructura esencial de la institución jurídica que es el procedimiento administrativo, los cuales no son más que principios generales del Derecho en su proyección procedimental y (ii) los principios específicos derivados de la legislación vigente.

A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

§1335. Derecho positivo — Como punto de partida se señala que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de legalidad funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho (Véase Sent. Nº 1744 del TSJ/SC, de fecha 9 de agosto de 2007, RDP Nº 111, p. 122). En tal sentido, la Constitución consagra este principio emblemático del Estado de Derecho con carácter general en el art. 137, *eiusdem* (Véase Sent. Nº 35 del TSJ/SC, de fecha 18 de febrero de 2000, RDP, p. 99). Para fortalecer la noción de Estado de Derecho, inherente al régimen democrático, la Constitución vigente ratifica el principio constitucional de legalidad, con distinto alcance y contenido, como límite y condición del ejercicio de las potestades públicas por parte de los distintos órganos que ejercen el Poder Público.

En consecuencia, la función pública no puede ser ejercida de manera arbitraria, sino que está limitada por la Constitución y las leyes, y éstas exigen que el ejercicio de las potestades administrativas se realice conforme a unas formas determinadas o de acuerdo con un procedimiento administrativo constitutivo (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de noviembre de 1962). Por lo cual, concluimos: la necesidad de respetar el procedimiento administrativo debido es una exigencia constitucional.

§1336. Concepto — Así las cosas, el primado del Derecho –con mayúsculas– es la sumisión no solo a la ley sino también, como también rezan las constituciones alemana y española, al Derecho. Por tanto, el Derecho (que puede coincidir o no con la ley, como distingue la propia Constitución vigente), somete plenamente a la entera función de la Administración Pública a la totalidad del sistema normativo, a todas las fuentes del Derecho y, por ende,

en palabras del Tribunal Supremo de Justicia, la Administración Pública "se configura como una Administración que actúa con subordinación plena a la Ley y al Derecho, que está sometida, por ello, al control integral del Poder Judicial" (Véase Sent. Nº 1632 del TSJ/SC, de fecha 11 de agosto de 2006).

B. PRINCIPIO DEL DERECHO A LA DEFENSA

§1337. Derecho positivo — El Derecho positivo contiene un precepto cuya extraordinaria importancia ha sido repetidamente puesta de manifiesto por la doctrina nacional (Moles Caubet). En tal sentido se pregunta la doctrina sobre cuál habría sido la conducta de la jurisdicción administrativa, si nuestro Derecho positivo hubiere carecido de un precepto constitucional como el señalado, el cual fue puesto de relieve por nuestro Alto Tribunal, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 (Véase Sent. Nº 18 de la CSJ/SPA, de fecha 2 de febrero de 1981, RDP Nº 5, p. 111) precepto que fue reiterado por el Art. 49 de la C de 1999 vigente.

§1338. Principio del procedimiento administrativo debido — El principio de buena Administración está ligado al modo de desarrollo de la función administrativa, al ejercicio de esta. Por tanto, siendo que la función administrativa no es otra cosa que una de las manifestaciones del Poder Público en ejercicio, el principio de buena Administración, de buen ejercicio de la función administrativa, que encuentra uno de sus mecanismos de articulación en la categoría jurídica del procedimiento administrativo.

De ahí que el principio de buena Administración se plasma en la obligación jurídica de seguimiento de un procedimiento administrativo adecuado para que la decisión pueda ser, efectivamente, la de mejor calidad en su servicio al interés público. Pero no de un procedimiento administrativo cualquiera, sino del preciso para asegurar la realización del principio constitucional de buena Administración, o, en otras palabras, de un procedimiento administrativo debido.

§1339. Principio de oficialidad — El principio de buena Administración que rige a la Administración Pública, obliga a adoptar una posición activa en el procedimiento administrativo, eliminando la posibilidad de que los administrados dispongan sobre este. De ahí surge que son manifestaciones del mismo: (i) la posibilidad de que el procedimiento administrativo pueda iniciarse por decisión de la Administración Pública (Art. 48 LOPA) (principio de oficiosidad o iniciativa oficial); y (ii) como a que ya se inicie de oficio, ya a instancia del interesado, el impulso en todos sus trámites siempre corresponda a la Administración Pública (Arts. 3 y 53 de la LOPA) (principio de oficialidad), pudiendo cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor

conocimiento del asunto que deba decidir (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 17 de diciembre de 1991, caso *Freddy J. Piña*, RDP Nº 48, p. 116).

§1340. Principio inquisitivo — De acuerdo con el principio inquisitivo, de instrucción o de actuación de oficio, señala la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 33 del TSJ/SE, de fecha 27 de marzo de 2003, RDP Nº 93-94/95-96, p. 393), la iniciativa en la tramitación, corrección y eficacia del procedimiento administrativo corresponde a la Administración Pública en general.

Con el principio inquisitivo se quiere significar, también, la obtención de pruebas y averiguación de hechos efectuados a petición de parte o de oficio (Art. 53 de la LOPA). Ello implica que no solo las probanzas deben ser suministradas por los interesados, sino que también la Administración Pública está interesada en que se dicte la decisión que más se ajuste a los hechos, con arreglo a Derecho.

§1341. Principio de Administración eficiente — La LOPA vino a ser el primer texto normativo que se ocupó en el país de la racionalización de la función administrativa. En efecto, consagró una serie de disposiciones que no estaban referidas al procedimiento administrativo en sentido estricto, las cuales, por el contrario, están dirigidas a regular los medios conducentes a la obtención de una mejora en rendimiento o productividad administrativa, lo cual puede catalogarse como lo hace la doctrina española (GÓNZALEZ PÉREZ) bajo la rúbrica de principio de Administración eficiente.

§1342. Principio de participación ciudadana — La Constitución de 1999 consagra como un novedoso derecho fundamental, la participación ciudadana en la formación, ejecución y control de la gestión pública (Véase Sent. Nº 1613 del TSJ/SC, de fecha 17 de agosto de 2004, RDP Nº 99-100, p. 137 y Nº 1399 del TSJ/SC, de fecha 4 de julio de 2007, RDP Nº 111, p. 163). De esta manera se consagra, dentro de los derechos políticos, la participación ciudadana, desarrollando la norma constitucional el mencionado derecho en diversas formas, en especial el derecho de los ciudadanos a intervenir directa o indirectamente en la gestión pública y existiendo, al mismo tiempo, el deber del Estado de velar por el ejercicio efectivo del mismo y, por último, estableciéndose como principio rector de la Administración Pública.

En efecto, la Constitución establece varias formas de participación ciudadana, permitiendo que los ciudadanos participen de manera activa en la gestión pública y en todos aquellos asuntos en donde puedan verse afectados directa o indirectamente. Esta participación ciudadana contribuye a la legitimación democrática de los actos jurídicos públicos, lo cual resulta imprescindible si se considera que el sistema político-institucional está constitucionalmente

basado en el principio de separación de poderes. Por lo demás, la participación ciudadana facilita la aceptación del producto normativo resultante y, en consecuencia, su aplicación efectiva.

§1343. Fundamento — La participación ciudadana es un instituto cuya finalidad es eliminar o contribuir a eliminar la separación entre el Estado y la sociedad; corregir las deficiencias o insuficiencias de la democracia representativa; controlar la gestión y la eficacia del aparato administrativo, de ese poder llamado Administración Pública.

§1344. Derecho de petición — El derecho de petición aparece consagrado en el Art. 51 de la C, Capítulo III, referido a De los Derechos Civiles, al consagrar que toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad o funcionario público (Véase Sent. CSJ/SPA, de fecha 25 de febrero de 1988, RDP Nº 33, p. 90), sobre los asuntos que sean de la competencia de estos y a obtener oportuna y adecuada respuesta, el cual debe ser respetado siempre por la Administración Pública, por encima de cualesquiera circunstancias que pudieran hacer procedente el rechazo o denegación de las pretensiones de las personas.

El derecho constitucional de petición permite dirigir con arreglo a la ley, peticiones a los órganos que ejercen el Poder Público, solicitando gracias, expresando quejas o poniendo en marcha un procedimiento administrativo (Véase Sent. Nº 1286 del TSJ/SC, de fecha 12 de junio de 2002). Con relación a la iniciación propiamente dicha, el derecho del administrado se concreta en la posibilidad de instar el procedimiento administrativo. Es más, cuando solo pueda iniciarse a instancia del administrado, ello supondrá que la Administración Pública no podrá, válidamente, dictar la decisión sin dicho presupuesto.

§1345. Clases — El amplio concepto de petición admite una distinción entre: (i) las peticiones políticas (derecho de pedir) y (ii) las peticiones administrativas (derecho de instar).

La distinción entre el derecho de instar y el derecho de pedir tiene su base en venir regulados uno y otro por normas de distinto carácter; en la diferente forma de su ejercicio –aquel, de posible ejercicio colectivo; este de ejercicio individual–; en estar abierto aquel a cualquier persona sin distinción y, en fin, el producirse uno y otro en diferentes condiciones de inmediación ante la autoridad superior y de legitimación.

Finalmente, del Art. 51 de la C se pueden desprender claramente dos derechos:

- El derecho de representar o dirigir peticiones ante las autoridades públicas.
- El derecho de obtener oportuna y adecuada respuesta, el segundo consecuencia tanto fáctica como jurídica del primero (Véase Sent. Nº 458 del TSJ/SC, de fecha 8 de abril de 2005, RDP Nº 101, p. 66).

PRINCIPIOS ESPECÍFICOS

A. PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA LOPA

§1346. Planteamiento — La Exposición de Motivos de la LOPA señala que es necesario que la reforma institucional de la Administración Pública se vea complementada con la aprobación de una normación que regule los principios que rijan la actividad de la Administración Pública. Por ello, la LOPA enuncia, de manera expresa, con mayor o menor intensidad, los principios específicos que le otorgan especial individualidad al procedimiento administrativo: son normas que consagran principios específicos y fundamentales, apoyados en sólida doctrina y generalmente aceptados, propios de una codificación legislativa que analizaremos a continuación.

§1347. Principio de obligatoriedad — Todos los actos administrativos deben ajustarse, para que sean válidos al procedimiento administrativo legalmente establecido, esto es, a los trámites, etapas y lapsos prescritos por la ley (Véase Sent. Nº 1157 del TSJ/SPA, de fecha 18 de mayo de 2000, RDP Nº 82, p. 428), pues los mismos son de cumplimiento obligatorio para la Administración Pública.

§1348. Principio de orden público — En cuanto forman parte del Derecho administrativo, las normas reguladoras del procedimiento administrativo son de naturaleza propiamente administrativa. En consecuencia, son de Derecho público y, por tanto, imperativas, *ius cogens* (normas taxativas). No tienen el carácter de *ius dispositivum* (normas dispositivas o supletorias).

En este orden de ideas, la doctrina española (González Pérez) y la jurisprudencia nacional (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 24 de marzo de 1981, RDP Nº 6, p. 127; y 9 de julio de 1981, RDP Nº 8, p. 101; CPCA, de fecha 10 de diciembre de 1987), coinciden en sostener que las normas de procedimiento administrativo, cauce necesario para la producción de los actos administrativos, no solo se elevan a condición de validez de estos, sino que gozan también de la condición de "orden público".

§1349. Principio de exclusividad — Con este principio se quiere significar la voluntad legal de que solo los procedimientos administrativos preceptuados serán los únicos válidos y admisibles para enmarcar la actuación administrativa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 3 de abril de 1984, RDP

Nº 18, p. 155), no siendo aceptable que se pueda recurrir a otros distintos, previstos en otras normas o arbitrados directamente por los propios órganos y entes administrativos, pues son las normas relativas de la LOPA las que deben aplicarse a los típicos procedimientos administrativos (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 23 de enero de 1985, RDP Nº 21, p. 131; y de la CPCA, de fecha 27 de abril de 2000, RDP Nº 82, p. 385).

§1350. Principio de extensión — En virtud del principio de extensión o supletoriedad, aun respecto de los órganos públicos excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de la LOPA, progresivamente se va produciendo, hasta donde sea posible, la aplicación de las normas comunes del procedimiento administrativo, ya por remisión directa, ya por la sanción de regímenes propios inspirados por aquellas normas.

En todo caso, debe perseguirse, si no de manera directa, al menos, por vía indirecta, el mantenimiento de los principios de generalidad y exclusividad, puesto que si bien no es formalmente aplicable, materialmente mantiene su imperatividad, como resultado de un proceso de absorción de aquellos, pues conforman un principio básico del Derecho público (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 23 de mayo de 1985, caso *Clemencia M. Rodríguez*, RDP Nº 14, p. 127).

§1351. Principio de instrumentalidad — La doctrina administrativa tradicional ha puesto de manifiesto el principio de instrumentalidad del procedimiento administrativo, con lo que se quiere significar que nunca es un fin en sí mismo, sino instrumento, cauce para alcanzar un fin, o como lo destaca la doctrina italiana (Fragola) al afirmar que, el procedimiento administrativo es una combinación de actos administrativos preparatorios y preordenados para la determinación de los efectos finales; es, se concluye, un camino de formación del acto administrativo.

Lo que importa es el fin al cual sirve el procedimiento administrativo, ya que aquel tiene razón de ser por la existencia de este. Sin embargo, el procedimiento administrativo ya no sería simple instrumento destinado a contribuir en que la exteriorización de la voluntad administrativa se haga válida, es decir, no son fines en sí mismos sino canales a través de los cuales son dictados los actos administrativos (Véase Sent. Nº 1698 del TSJ/SPA, de fecha 6 de julio de 2000, RDP Nº 83, p. 238).

§1352. Principio de economía procedimental — El Título II de la LOPA comienza por un Capítulo I dedicado a las disposiciones generales que deben presidir la función administrativa, con lo cual se estima que las garantías jurídicas no pasan de ser protecciones formales, si a la vez no se eliminan

las demoras y retrasos, molestias innecesarias, excesivo costo e ineficacia en los servicios, la reproducción de actos ya realizados, lo cual redunda en perjuicio tanto del administrado como del prestigio de la propia Administración Pública.

Lo anterior explica que el Art. 30 de la LOPA establezca unos principios básicos, que han de servir de orientación y criterio interpretativo de todas las normas del procedimiento administrativo. La función administrativa, que consagra el Ordenamiento positivo, se desarrollará con arreglo a principios cardinales siguientes: de economía, eficacia, celeridad, imparcialidad (art. 10 de la LOAP), y también de buena fe: simplicidad, transparencia y desconcentración en la toma de decisiones (art. 5 de la LSTA).

Así, la LOPA proclama varios principios de actuación muy concretos que se explican de la siguiente manera.

- Economía: la función administrativa resulta económica si es uniforme, simple y productiva;
- Celeridad: la función administrativa resulta rápida si existe agilidad, brevedad y si no hay un excesivo apego al formalismo.
- Eficacia: la función administrativa resulta eficaz si obra ejecutivamente, con publicidad y congruencia.

§1353. Principio de conservación del acto — El Derecho administrativo propende a conservar la eficacia de los actos administrativos, lo cual se conoce como principio de conservación del acto según la doctrina española (Garrido Falla); con el que se quiere aludir, indistintamente, al criterio de *favor administrationis*, *favor acti* o *conservatio acti* según el cual, si un acto administrativo admite varias interpretaciones, de las que una implique la ineficacia total o parcial, ha de preferirse aquella que evite tal ineficacia o comporte su validez parcial en lugar de la total: convalidación, ratificación y enmienda de errores materiales o de hechos; y también las manifestaciones de la regla de derecho *inutile per inutile non viciatur*.

Así, dentro de la normativa procedimental se distinguen una serie de técnicas de las que se desprende el principio de conservación del acto que recogen las figuras de la anulabilidad –no nulidad– de los actos como regla general (Art. 20 de la LOPA); la conversión del acto (Art. 21 de la LOPA); la convalidación de los actos anulables (Art. 81, de la LOPA); la rectificación de los errores materiales o de cálculo (Art. 84 de la LOPA); y la legitimación del despacho subsanador (Arts. 5, 45, 50 de la LOPA).

§1354. Principio de la doble instancia administrativa — La regulación procedimental, siguiendo la corriente postuladora de la reducción del número de instancias, elimina la cadena de recursos a lo largo de la jerarquía administrativa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de noviembre de 1973), y contra la decisión de un funcionario público subalterno que, en cualquier nivel niegue la reconsideración, se puede intentar en vía administrativa el recurso jerárquico, por ante quien tiene la superior jerarquía del organismo respectivo (Arts. 95 y 96 de la LOPA).

Este principio de la doble instancia administrativa o doble grado de conocimiento es también criterio aplicable a la denominada jerarquía impropia, como garantía del administrado frente a la actuación de la Administración Pública (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 23 de mayo de 2000, RDP Nº 82, p. 207).

§1355. Principio de simplicidad administrativa — El procedimiento administrativo debe ser simple, sencillo y directo; debe alcanzar su objeto sin necesidad de exigir recaudos que resultan excesivos o innecesarios; sin complicación que trabe el procedimiento y sin las inútiles dilaciones que ellas acarrean.

La LOPA, la LSTA y la LOAP contienen numerosas disposiciones tendientes a obtener una economía y celeridad del procedimiento administrativo, mediante la consagración de los principios y bases para la simplificación o simplicidad de los trámites –diligencias, actuaciones o gestiones– correspondientes que realicen los administrados ante las Administraciones Públicas para la resolución de un asunto determinado (Exposición de Motivos de la *LSTA*). Tal es el caso de la implantación progresiva de las tecnologías; reducción al mínimo de datos e informes, etc.

§1356. Principio de concentración — El procedimiento administrativo se inspira en el principio procesal denominado principio de concentración (trámites y diligencias) por el cual se procura aproximar los actos procedimentales unos a otros, concentrando los que se encuentren dispersos, en un breve lapso su realización. En tal sentido, el órgano competente sustanciará el procedimiento administrativo tendiendo a proveer en una sola decisión, todos los trámites que por su naturaleza admitan impulsión simultánea y concentrada, de todas las diligencias y medios de pruebas pertinentes.

Por su parte, el Art. 6, num. 3 de la LSTA dispone la concentración de los trámites que se encuentren dispersos, evitando la repetición de un mismo trámite en diversas entidades. A tal fin, se hace necesario aumentar el nú-

mero de entidades beneficiarias de un mismo trámite y reducir el cúmulo de exigencias para la persona.

§1357. Principio antiformalista — Alude a la idea de un alejamiento respecto de todo formulismo, como del llamado principio de informalidad administrativa, y que acertadamente recoge la legislación procedimental en los siguientes casos: (i) la posibilidad de efectuar alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo (Art. 32 de la LOPA); (ii) la posibilidad de utilizar cualquier medio de prueba o principio de flexibilidad probatoria, pues no opera la preclusividad de los lapsos procesales con la rigurosidad del proceso judicial (Art. 58 de la LOPA) (Véase Sent. Nº 2673 del TSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2006, RDP Nº 108, p. 157); (iii) el principio de no preclusividad o no establecimiento de una articulación de fases con sucesión preclusiva (Arts. 23 y 60 de la LOPA); (iv) la intrascendencia de los errores en la calificación de los recursos (Art. 86 de la LOPA); y por último (v) el principio del logro del fin.

§1358. Principio de unidad del expediente administrativo — El expediente administrativo es la recopilación de todos los documentos relativos a la sustanciación de un procedimiento administrativo determinado y debe contener, por consiguiente, los documentos pertinentes que se van presentando y la sucesión de las actuaciones tanto de la Administración Pública como la de los interesados, hasta la decisión final.

A su vez, se descompone en los principios siguientes: (i) principio de necesidad; (ii) principio de uniformidad y (iii) principio de acumulación.

§1359. Principio de necesidad — La LOPA prescribe, ante todo, que de cada asunto se formará expediente y se mantendrá desde el inicio del procedimiento administrativo la unidad de este (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 21 de marzo de 1985, caso *Meleyda C. de Martínez*, RDP Nº 22, p. 159), aunque deban intervenir en el procedimiento administrativo distintos organismos con facultades decisorias (Art. 31 de la LOPA).

Por su parte, el Art. 51 de la LOPA, establece que "iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto".

§1360. Principio de uniformidad — La LOPA prescribe también la normalización de los documentos y expedientes, esto es, habrán de ser objeto de uniformidad, para que en su conformación cada serie o tipo de los mismos obedezca a iguales características y formato (Art. 32 de la LOPA).

Las características de uniformidad se refieren, sobre todo, a los datos mínimos que debe contener cualquier tipo de expediente administrativo: (i) los índices de contenido que deberá poseer; (ii) las dimensiones físicas similares; (iii) la calidad del material utilizado y, finalmente, (iv) los sistemas de manejo y conservación que garanticen la integridad del expediente administrativo.

§1361. Principio de acumulación — Finalmente, se ocupa igualmente la LOPA de la acumulación de varios expedientes administrativos en una misma unidad administrativa, cuando exista conexión entre los mismos, la cual es admitida expresamente no solo al iniciarse el procedimiento administrativo, sino también con posterioridad, siempre que se den los requisitos establecidos en el Art. 52 de la *LOPA*.

B. PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA LOAP Y LA LSTA

§1362. Derecho positivo — El Art. 10 de la LOAP tiene por objeto determinar los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, dentro de los cuales se establecen los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma (Art. 1, *eiusdem*, luego desarrollados dichos principios en los Arts. 12, 19, 20, 21, 22, *eiusdem*, en concordancia con el Art. 141 de la C).

§1363. Principio de objetividad — La función administrativa debe ser desarrollada de modo objetivo. De este principio de objetividad se deriva que la Administración Pública, antes de decidir, investigue, conozca y tome en consideración todos aquellos datos relevantes. A tal fin, el procedimiento administrativo se revela como un instrumento especialmente útil, sobre todo en la fase de sustanciación que se materializa en el expediente administrativo, se constituye en el escenario dinámico donde los hechos e intereses, públicos y privados, envueltos deben ser tomados en consideración, a los fines de adoptar la decisión, desde el punto de vista de la calidad, más adecuada al interés público.

En este orden de ideas, el Art. 10 de la LOAP reconoce este principio capital de la entera actuación de la Administración Pública. A pesar de la aparente simplicidad del término y de su entendimiento usual y corriente, su traslación al campo jurídico y, en especial, al procedimiento administrativo, requiere de una cuidadosa exégesis que delimite la dimensión y alcance del mencionado principio.

§1364. Principio de imparcialidad — Un principio general de Derecho exige las garantías de independencia e imparcialidad, en quienes tienen la competencia para dictar un acto administrativo que pueda, eventualmente, lesionar los derechos e intereses morales o materiales del administrado.

Así como uno de los presupuestos de actuación del órgano o ente público es la competencia, la garantía de actuación del titular es el respeto al principio de imparcialidad (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 21 de octubre de 1985, RDP Nº 24, p. 127), si bien se admite que tal noción no tiene el sentido corriente, pues lo característico de la Administración Pública es tener a su cargo un interés público que debe atender (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 6 de mayo de 1994, caso *Varios*, RDP Nº 57/58, p. 222).

§1365. Perspectivas — Por último, el principio de imparcialidad puede ser analizado desde dos perspectivas: (i) la institucional; y (ii) la personal o subjetiva.

En el primer caso, está relacionada con la regulación de la función pública, ya con relación a la selección de los funcionarios públicos entre aquellos que acrediten la mejor aptitud técnica y profesional, pues de conformidad con el Art. 145, de la C, solo están al servicio del Estado.

En conexión con este aspecto institucional, tiene el principio de imparcialidad otra vertiente denominada personal o subjetiva, relacionada con la actividad específica desplegada por los funcionarios públicos. Esta aparece concertada con el principio de igualdad y no discriminación de los administrados ante la ley; en este último sentido, la imparcialidad está dirigida a cada funcionario público, y le impone la prohibición de otorgar preferencias o disfavores, a unas u otros administrados.

§1366. Principio de protección de confianza legítima — El principio de protección de la confianza legítima o expectativa plausible, como figura autónoma e independiente dentro del Derecho administrativo, ha sido objeto de análisis por parte del Derecho positivo y de Derecho comparado. Por su parte, el TSJ/SPA sostiene que el principio de confianza legítima es conocido también como el principio de buena fe, el cual aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento jurídico, informan la labor interpretativa y constituyen instrumento decisivo de integración de la labor hermenéutica del Derecho.

El origen inmediato del principio de protección de la confianza legítima tiene origen en el Derecho alemán, donde posee rango constitucional, derivado del principio de seguridad jurídica (García de Enterría). Asimismo, la

doctrina ha tratado de fundamentarla, a su vez, en los principios del Estado de Derecho, buena fe, seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad o la justicia natural.

Por su parte, la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 1095 de la *CPCA*, de fecha 9 de agosto de 2000, *RDP* Nº 83, p. 228) sostiene que este es uno de los principios más significativos de la legislación venezolana, y que debe estar combinado con el principio de legalidad de la función administrativa.

En lo que respecta a su naturaleza, el TSJ (Véase Sent. Nº 98 del TSJ/SE, de fecha 1 de agosto de 2001, RDP Nº 85-88, p. 232) esboza algunas consideraciones sobre el mismo, y a tal efecto menciona a un sector de la doctrina que sostiene que este ostenta un carácter autónomo, mientras que para otro se limita a ser una variante del principio de la buena fe que, en general, debe inspirar las relaciones jurídicas, incluidas aquellas en las que intervengan una o varias autoridades públicas. Por su parte, tanto el TSJ/SC (Véase Sent. Nº 442 del TSJ/SC, de fecha 23 de marzo de 2004, RDP Nº 97-98, p. 307) como el TSJ/SPA (Véase Sent. Nº 87 del TSJ/SPA, de fecha 11 de febrero de 2004, Nº 97-98, p. 188; y Nº 87 del TSJ/SPA, de fecha 11 de febrero de 200, RDP Nº 97-98, p. 306) los equiparan.

§1367. Principio de la buena fe — El principio de la buena fe aparece como uno de los que sirven de fundamento al Ordenamiento jurídico, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración (González Pérez). Como tal, por su propia naturaleza, existe con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva. Es por ello que su consagración en el Derecho positivo no supone que pierda su carácter.

El art. 10 de la LOAP consagra que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base, entre otros principios, el principio de la buena fe. Por su parte, la Exposición de Motivos de la LSTA sostiene que en el Capítulo II del Título III, referente a la presunción de buena fe, se regula un principio clave en esta materia, el cual está orientado a cambiar el paradigma que ha regido la relaciones de las personas con la Administración Pública, que consistía en presumir la mala fe en la actuación de la persona, salvo prueba en contrario. Para corregir esta situación, la LSTA parte de la presunción de la buena fe, en virtud de la cual en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración de las personas, salvo prueba en contrario.

En este sentido, la LSTA busca suprimir los documentos y requisitos que puedan sustituirse por declaraciones juradas hechas por el interesado o un representante suyo con carta-poder (Art. 24) y, en general, se prevé una serie

de acciones concretas para la implantación de dicho principio, tales como la no exigencia de: requisitos acreditados (Art. 29), comprobantes de pago (Art. 30) y solvencias (Art. 31).

§1368. Principio de transparencia — La doctrina sostiene que uno de los grandes retos del Estado de Derecho, en cuanto a las relaciones entre la Administración Pública y las personas, es la sustitución del secreto administrativo por el principio contrario, el de la transparencia de la función administrativa (Arts. 10 de la LOAP y 5 de la LSTA).

§1369. Principio de paralelismo de la forma — El principio de paralelismo de la forma ha sido tradicionalmente admitido por la doctrina (De Laubadére) y la jurisprudencia francesas (Véase CE, de fecha 27 de enero de 1956, *Sté. de la Maison des etudiants du Maroc*, Leb., p. 41), y hace referencia a los actos administrativos cuyo objeto es revocar un acto administrativo anterior y de donde deriva la expresión "acto contrario".

Ahora, el paralelismo de la forma y de procedimiento solo se impone si los caracteres que han conducido al legislador a consagrar formas particulares al acto inicial valen igualmente para el acto contrario (Sent. de la CE, de fecha 10 de abril de 1959, caso *Fourré-Cormeray*, D, 1959, p. 210; y CE, de fecha 17 de marzo de 1972, caso *Dame Figaroli, AJDA*, p. 213; y CPCA, de fecha 10 de octubre de 2002, caso *Oscar Orlando Becerra vs. Contraloría General del Estado Lara*). Es por ello que, la modificación del acto administrativo, aun cuando no esté regulada expresamente, debe seguir las mismas formas y formalidades prescritas para el acto inicial.

§1370. Derecho positivo — En el Derecho positivo, el mencionado principio adquiere consagración legal en el art. 10 de la LOAP cuando señala que la actividad administrativa se rige, entre otros principios, por el denominado paralelismo de la forma, si bien la jurisprudencia, de manera errónea, lo confunde con el principio de paralelismo de la competencia (Sent. del TSJ/SPA, de fecha 27 de septiembre de 2006, caso *Miriam Mercedes Rondón Gómez de Da Silva*; y TSJ/SC, de fecha 20 de diciembre de 2007, caso *Doris Isabel Gandica Andrade*).

BIBLIOGRAFÍA

Alessi, R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, T. I, trad. Esp., Barcelona, Bosch, 1970; Araujo-Juárez, J.; *Derecho Administrativo General.* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; AA.VV., *El Procedimiento Administrativo,* IDP, Caracas, Vol. IV, 1983; AA.VV. *La Relación Jurídico-administrativa y el Procedimiento Administrativo*, en Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Brewer-Carías", Vol. IV, EJV-FUNEDA, Caracas, 1998; Brewer-Carías, A. R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Col. Estudios Jurídicos Nº 6, EJV, Caracas, 2003; De Laubadère, A.; Venezia, J. P. y Gaudmet, Y., *Traité de droit administratif*, t. 1, 14ª. Ed., LGDJ, París, 1996; Fragola, U., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2ª. Ed., Nápoles, 1946; Garcia De Enterria, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; González Navarro, F., *Derecho Administrativo Español,* T. II, EUNSA, Pamplona, 1988; González Pérez, J., *Manual de Procedimiento Administrativo,* Civitas, Madrid, 2000 y *El Principio General de Buena Fe en el Derecho Administrativo,* 3ª Ed., Civitas, Madrid, 1999; Moles Caubet, A., "Vicisitudes del procedimiento administrativo venezolano", en *Estudios de Derecho Público*, UCV, Caracas, 1997; Ponce Solé, J., *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad,* Ed. LEX NOVA, Valladolid, 2001; Sandulli, A., *La procedura ammnistrativa*, Giuffré, Milano, 1964.

Tema 33. Procedimiento Administrativo Ordinario

Sumario: INICIACIÓN: Acto de inicio. Momento de iniciación. Registro. SUSTANCIACIÓN: Alegaciones. Pruebas. TERMINACIÓN: Normal. Anormal. EFICACIA: Notificación administrativa. Medios de ejecución. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONSULTIVO: Régimen general. Estructura.

INICIACIÓN

§1371. Plan — La estructura del procedimiento administrativo está constituida por la serie de actos intermedios de índole peculiar llamados actos procedimentales, cumplidos por los administrados o la propia Administración Pública, con la finalidad de preparar el acto administrativo final.

En tal sentido, la LOPA distingue las clases siguientes:

- El procedimiento administrativo simple (Art. 5 de la LOPA)
- El procedimiento administrativo sumario (Arts. 68 y 69 de la LOPA)
- El procedimiento administrativo especial (Art. 47 de la LOPA), así como los establecidos en leyes especiales, por ejemplo, el antejuicio administrativo (LOPGR)
- El procedimiento administrativo ordinario (Arts. 48 y ss. de la LOPA)

En el caso del procedimiento administrativo ordinario la pluralidad de los actos procedimentales coordinados entre sí –denominados técnicamente trámites–, a fin de conseguir un efecto jurídico final, que constituye el procedimiento administrativo, son agrupados en unidades a las que se denominan etapas, fases, períodos o instancias, sin que en ellos desaparezca la interdependencia característica en el procedimiento administrativo.

También en el procedimiento administrativo ordinario las etapas, en principio, se encuentran divididas en la LOPA en las necesarias de: (i) iniciación (Título II, Cap. I, Sección Primera); (ii) sustanciación (Título II, Cap. I, Sección Segunda); (iii) terminación (Título III, Cap. I, Sección Tercera) y, por último, (iv) eventualmente, de integración o ejecución (Título III, Caps. IV y V).

A. ACTO DE INICIO

§1372. Plan — El acto de inicio o iniciación supone la incoacción de un procedimiento administrativo como camino formal para la obtención de la pretensión jurídica articulada en el mismo, en virtud del cual se adopta una

decisión determinada por el órgano competente, el cual puede ser: (i) de oficio; y (ii) a instancia del interesado.

I. DE OFICIO

§1373. Decisión — El procedimiento administrativo *ex oficio*, comienza con una decisión (acuerdo o auto de apertura) de la autoridad administrativa competente (principio de oficiosidad).

Esa decisión, la cual deberá expresar el objeto del procedimiento administrativo, constituye un acto administrativo de trámite, si bien de importancia fundamental, y como tal no será susceptible, en principio, de impugnación autónoma (González Pérez), pues no viola, *per se*, el derecho a la defensa (Véase Sent. Nº 960 del TSJ/SC, de fecha 23 de mayo de 2002).

§1374. Causas — La iniciación de oficio se incoará por las causas siguientes (Art. 48 de la LOPA):

- Por decisión del órgano competente por propia iniciativa
- Por decisión del órgano competente como consecuencia de la orden de la autoridad administrativa superior
- Y por último, en los casos expresamente previstos por disposiciones legales, por decisión del órgano competente como consecuencia de una denuncia

§1375. Notificación — Nos hemos referido anteriormente al derecho del interesado a tener conocimiento de la iniciación del procedimiento administrativo, lo cual es consustancial con el derecho a la defensa y al debido proceso (Véase Sent. Nº 431 del TSJ/SC, de fecha 22 de marzo de 2004).

II. A INSTANCIA DEL INTERESADO

§1376. Acto de iniciativa — No todos los procedimientos administrativos se inician de oficio, ya que existen sectores de actividad en los que rige el principio de rogación, de forma que la petición administrativa –no política– es presupuesto necesario de la apertura misma del procedimiento administrativo y su desarrollo posterior.

§1377. Requisitos — En cuanto a la iniciación a instancia de parte interesada, se impone analizar los requisitos: (i) subjetivos; (ii) objetivos; y por último (iii) de la actividad.

§1378. Subjetivos — Con relación a los requisitos subjetivos se observa que toda persona, natural o jurídica, puede dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa en materia de su competencia (Art. 2 de la LOPA). Además, debe tratarse de persona intere-

sada, por lo que deberá ostentar capacidad jurídica y legitimación suficiente para intervenir en la relación jurídico-procedimental (Art. 22 de la LOPA).

§1379. Objetivos — En lo que respecta a los requisitos objetivos, en el escrito por el que el o los interesados insten la iniciación de un procedimiento administrativo, además de que lo que se solicite en la instancia sea posible y lícito (González Pérez), podemos distinguir: (i) el contenido esencial; y (ii) el contenido accidental.

§1380. Contenido esencial — El contenido esencial del escrito que contiene la solicitud o petición deberá estar integrado por los datos siguientes (Art. 49 de la LOPA):

- El organismo al cual está dirigido (ord. 1º).
- La identificación: nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de cédula de identidad o pasaporte del interesado y, en su caso, del representante (ord. 2º).
- No es preciso, por tanto, mencionar la filiación, a menos que esa circunstancia pudiera influir, de acuerdo con la legislación aplicable, en la decisión que ha de adoptarse.
- Los hechos, razones y pedimentos, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud (ord. 4º).
- En las razones ha de hacerse breve cita de las normas legales que sean de aplicación a los hechos, aunque la Ley no lo determina expresamente.
- Los requisitos legales y reglamentarios (ord. 6º).
- Y por último, la firma (ord. 7º). En el caso de que el interesado no sepa firmar, ha de admitirse la firma a ruego.

§1381. Contenido accidental — El contenido accidental del escrito que contiene la solicitud o petición podrá estar integrado por los datos siguientes (Art. 49 de la LOPA):

- La expresión facultativa de un domicilio distinto al del interesado, para que se practiquen las notificaciones pertinentes (ord. 3º) (domicilio especial).
- La referencia a los anexos (ord. 5º), si los hay.
- La designación de representante simple (artículo 26), si fuere el caso.
- La solicitud de que se acumule el expediente a otro u otros con los que guarde íntima conexión (Art. 52 de la LOPA).
- Y por último, la petición de que se adopten medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión final que pudiera recaer.

B. MOMENTO DE INICIACIÓN

§1382. Importancia — La iniciación del procedimiento administrativo da origen al vínculo que caracteriza la relación jurídico-procedimental y, en consecuencia, a los derechos y obligaciones para el interesado y la Administración Pública. De ahí que fijar con precisión el momento de la iniciación del procedimiento administrativo tiene gran importancia.

§1383. Distinción — Es necesario distinguir entre el acto que inicia el procedimiento administrativo y el momento mismo en que tal iniciación tiene lugar.

El acto que inicia el procedimiento es la solicitud o petición del particular o la decisión de apertura –iniciativa– tomada por el órgano competente para resolver la materia objeto del procedimiento administrativo. La sola instancia o petición de los interesados tiene virtualidad suficiente para iniciar el procedimiento administrativo, pues no es necesaria la decisión administrativa, es decir, la orden de proceder. Por el contrario, el momento de iniciación viene determinado por la presentación en el Registro de la solicitud o petición del administrado.

C. REGISTRO

I. REGISTRO DE PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS

§1384. Planteamiento — Acerca de la presentación de cualquier escrito o cualquier comunicación, conviene llamar la atención sobre tres cuestiones de singular importancia práctica, que plantea la incidencia prevista en el Art. 50 de la LOPA, la cual es norma supletoria de todo procedimiento administrativo (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 7 de marzo de 1985).

§1385. Creación — De conformidad con el Art. 159 de la LOAP, los órganos administrativos deben llevar un Registro general en el cual se debe hacer el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad administrativa propia. También se debe anotar la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares.

Por otro lado, los órganos y entes públicos podrán crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización, otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones, los cuales serán auxiliares del registro general (Art. 163, *eiusdem*).

§1386. Soporte informático — Los Registros creados deberán instalarse en un soporte informático, donde se habrá de garantizar la constancia de cada asiento que se practique e integración informática (Art. 164 de la LOAP).

§1387. Recepción — Las solicitudes, escritos o comunicaciones que se dirijan a la Administración Pública podrán presentarse en alguno de los siguientes lugares:

- En la unidad administrativa correspondiente del órgano o ente al que se dirijan (art. 165, num. 1 de la LOAP), esto es, el Registro de Presentación de Documentos del organismo a que se dirijan (si los hubiese).
- En su defecto, en las Oficinas de Correspondencia o en la del funcionario competente (art. 44 de la LOPA).

§1388. Excepciones — Las solicitudes, escritos o comunicaciones que se dirijan a la Administración Pública podrán presentarse excepcionalmente también:

- En las Oficinas de Correos (Art. 165, num. 2 de la LOAP); sin embargo, para que surta efecto, deberá efectuarse de modo riguroso en la forma legalmente prevista: los escritos se presentan en sobre abierto para ser fechados y sellados por el funcionario encargado de la recepción de correspondencia certificada (art. 43 de la LOPA y la RRRRDC).
- En las representaciones diplomáticas o delegaciones consulares de la República Bolivariana de Venezuela (Art. 165, num. 3 de la LOAP).
- En cualquier otro lugar que establezca la ley (Art. 165, num. 4 de la LOAP).
- La LOAP estable igualmente que pueden hacerse efectivos, por cualquier medio, tales como giro postal o telegráfico, o mediante transferencia dirigida a la oficina pública correspondiente, cualesquiera tributos que haya que satisfacer en el momento de la presentación de solicitudes y escritos a la Administración Pública.
- Y por último, en el ámbito administrativo, los formularios electrónicos alojados en el sitio "*web*" de las Administraciones Públicas se presentan como una alternativa informática válida para el envío de peticiones, instancias o solicitudes a la Administración Pública.

§1389. Tiempo — El interesado deberá tomar en cuenta los plazos que, en cada caso, se fijen para iniciarse el procedimiento administrativo de que se trate, aunque, frecuentemente, no existe plazo alguno.

§1390. Recibo — Por último, del escrito de solicitud o petición y de sus anexos que presente el interesado, éste podrá exigir el correspondiente recibo, admitiéndose como tal, la copia mecanografiada o fotostática fechada y firmada por los funcionarios del Registro donde existan, o aquel a quien se entregue. En todo caso, el solicitante tendrá derecho a exigir la entrega del

correspondiente recibo, con indicación del número de registro, lugar, fecha y hora de presentación (Art. 46 de la LOPA).

II. DESPACHO SUBSANADOR

§1391. Concepto — Si el escrito no reúne los requisitos (salvo, claro está, la falta de firma y del objeto o pretensión, sin los cuales no hay verdadera petición: García De Enterría), ello no constituye obstáculo para su entrada y su consiguiente registro en la oficina administrativa que se trate (art. 45 de la LOPA). En tal caso, la autoridad que hubiere de iniciar las actuaciones lo notificará al presentante para que, en un plazo de quince (15) días hábiles, subsane la falta.

§1392. Perención breve — ¿Qué acontece si el interesado no presenta el escrito o solicitud con las correcciones exigidas, o lo hace fuera del plazo señalado? De acuerdo con la naturaleza del plazo establecido, si no se subsana el defecto, el procedimiento administrativo incoado por la solicitud defectuosa termina por perención breve y se archiva sin más trámites.

§1393. Recurso administrativo — Pero, ¿qué ocurre si el interesado presentare oportunamente el escrito con las correcciones exigidas, y este fuere objetado debido a nuevos errores u omisiones?

En tales casos, el solicitante podrá ejercer el recurso jerárquico contra el acto de trámite resolutorio o bien corregir nuevamente sus documentos conforme a las observaciones del funcionario (Art. 50 de la LOPA). Es un supuesto excepcional de ejercicio del recurso jerárquico, sin necesidad de que se instaure previamente un recurso de reconsideración.

SUSTANCIACIÓN

§1394. Plan — Esta es la etapa más variada y variable del procedimiento administrativo, incluyendo un gran número de actos de sustanciación que tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada decisión.

La doctrina, en un intento de sistematización de las distintas actividades de la sustanciación que puede tener lugar en el procedimiento administrativo, ha distinguido tres grupos (González Navarro):

- Actividades de aportación de datos (alegaciones): que introducen en el procedimiento datos fácticos o jurídicos que pueden servir de fundamento a la decisión.
- Actividades de comprobación de datos (pruebas): dirigidos a provocar el convencimiento sobre la existencia de los datos aportados.

- Actividades mixtas: donde se incluyen los informes de los órganos administrativos, que no solo aportan datos sino que sirven para su comprobación.

A. ALEGACIONES

§1395. Concepto — De acuerdo con el principio de antiformalismo procedimental de la LOPA, los interesados podrán adjuntar, en todo caso al expediente, los escritos que estimen necesarios para la aclaración del asunto (Art. 32 de la LOPA).

Por su parte, esta posibilidad de formular alegaciones permanece abierta a todo lo largo de la tramitación, las cuales deberán ser tenidas en cuenta por el órgano competente al dictar la decisión final (Art. 62 de la LOPA).

B. PRUEBAS

§1396. Concepto — La esencia de la prueba radica en su aptitud para provocar el convencimiento psicológico del órgano decisor. Cualquier tipo de actividad que se proponga este resultado debe integrarse en la prueba.

En tal sentido, el vocablo prueba en su aspecto jurídico puede ser entendido como:

- La acción de probar, esto es, como la producción de los elementos de convicción, como la actividad procedimental encaminada a obtener determinados elementos de verificación o representación de los hechos. Es así como se dice que el procedimiento administrativo está en período de prueba.
- El producto de la acción de probar, es decir, como los elementos de convicción en sí mismos considerados. Se utiliza tal significado cuando se dice que el testimonio de fulano constituye una prueba.
- El resultado obtenido para la producción de tales elementos de convicción, desde el ángulo del conocimiento. En este sentido, se habla de que las afirmaciones de un testigo no constituyen prueba.

§1397. Carga de la prueba — En el procedimiento administrativo rige, con carácter general, el principio de la oficialidad de la prueba (Véase Sent. de la CSJ/CP, de fecha 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión C.A.*, JCSJ, 1997, Nº 2, p. 183), según el cual el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, las actuaciones necesarias y, por consiguiente, todas las actividades probatorias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir (Art. 53 de la LOPA).

De ahí que se señala el principio de oficialidad de la prueba modula, pues, de forma importante, la carga de la prueba pesa, esencialmente sobre la Administración Pública. Se advierte, sin embargo, que el principio señalado no excluye la posibilidad de que los interesados puedan o deban aportar al

procedimiento administrativo cuantas pruebas consideren o tengan como necesarias (García de Enterría).

§1398. Objeto de la prueba — En tesis general, puede afirmarse que solo han de probarse los hechos, pues la norma debe conocerla el órgano que ha de dictar la decisión. Esta regla –que se sintetiza en los antiguos adagios *facta probantur, iura deducuntur* y *da mihi factum, dabo tibi ius*– inspira la normativa procedimental, donde se alude solo a la prueba de los hechos (Art. 58 de la LOPA).

Sin embargo, en determinados casos, podrán y deberán probarse las normas jurídicas, de ahí que no parece que sea necesario hablar de pruebas de las normas consuetudinarias, las normas internas especiales de ciertos entes públicos que no han tenido la publicidad necesaria (por ejemplo, los reglamentos de universidades) o las extranjeras, como algo distinto de la prueba de los hechos, pues también en estos casos estamos en presencia de la prueba de un hecho: por ejemplo, la vigencia de la norma extranjera, consuetudinaria o especial.

§1399. Principio de libertad probatoria — Con respecto al asunto de cómo ha de probarse, el Art. 58 de la LOPA reconoce el principio de libertad probatoria, de la libre admisibilidad de los medios de prueba, o de flexibilidad probatoria (Véase Sent. Nº 2673 del TSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2006, RDP Nº 108, p. 157), el cual fue confirmado por la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 20 de junio de 1985, caso *Auto Espuma, C.A.*, RDP Nº 23, p. 132).

§1400. Principio de libertad probatoria — La agrupación de los distintos medios de prueba ha de ser, naturalmente, convencional. Nosotros hemos adoptado el criterio expuesto por la doctrina y distinguimos: (i) tradicionales; (ii) novedosos; (iii) residuales y por último (iv) libres.

§1401. Tradicionales — Los medios de prueba tradicionales son los que subsisten y se encuentran determinados en el CC, en materia de prueba de las obligaciones. Ellos son: Los documentos públicos y privados, las tarjas, la confesión, el juramento decisorio y el diferido de oficio, la prueba testimonial, la experticia, la inspección ocular y las presunciones *hominis*, cuya naturaleza, como medio de prueba, ha sido tan discutida por la doctrina.

§1402. Novedosos — Son los medios de prueba novedosos que establece el CPC, que además, regula parcialmente las pruebas tradicionales. Este segundo grupo está formado por medios que aparecen por primera vez en este Código, tales como la reconstrucción de hechos (Art. 503); las reproduc-

ciones (Art. 502); la inspección judicial, que el Art. 472 del CPC, separa de la inspección ocular; el interrogatorio libre y sin juramento de las partes (Art. 401, ord. 1º del CPC), cuya disposición queda al arbitrio del juez; la pericia experimental, la cual es una nueva forma de experticia atribuida a un solo experto que nombra el Tribunal y que no dictamina (Art. 504 del CPC); y, la prueba llamada por la doctrina foránea de informes, la cual es un medio de prueba autónomo y que aparece en el Art. 533 del CPC, confundida con la prueba instrumental, tal vez por su carácter escrito.

§1403. Residuales — Son los medios de prueba residuales que aparecen diseminadas en las leyes del Derecho positivo distintas al CC y CPC, algunas más o menos reguladas, mientras que otras simplemente enunciadas. A este grupo pertenecen: el juramento supletorio; las muy particulares pericias encomendadas a cuerpos de expertos; los informes del servicio social de los órganos administrativos para la protección de niños y adolescentes; las fotografías simplemente enunciadas como medios de prueba y por último las grabaciones.

§1404. Libres — El último grupo de medios de pruebas libres que está formado por todos aquellos instrumentos capaces de trasladar hechos al proceso y que no están contemplados en ninguna ley; a ellos se refiere el principio de libertad de medios de prueba o de libertad de prueba, como también se le llama; los cuales, según el Art. 396 del CPC, podrán ser promovidos y evacuados según dos sistemas distintos: el ordinario, el cual tiene lugar en el término probatorio; y el convencional, producto del acuerdo entre las partes y que puede llevarse a cabo en cualquier estado y grado de la causa (con lo que la prohibición del Art. 520 del CPC, sobre las pruebas admisibles en segunda instancia, se hace relativa).

§1405. Oportunidad de la prueba — La LOPA no establece la oportunidad en que deba tener lugar la actividad (promoción y práctica) de la prueba. Por tanto, podrá tener lugar en cualquier momento. En este sentido, se afirma que el único principio jurídico efectivo es el de que debe realizarse en alguna etapa del mismo. Lo que sí es imperante es que el administrado pueda ejercer el necesario control y contradicción de la prueba pues, de lo contrario esta no tendrá valor alguno y no podrá ser utilizada por la Administración Pública, a los fines de una decisión que afecte a la esfera jurídica del administrado.

§1406. Valoración de la prueba — En la LOPA falta, igualmente, una norma de tipo general sobre la valoración (eficacia) de la prueba, pero no parece que haya obstáculo a la admisión del principio de libertad y apreciación conjunta de la prueba, de acuerdo con la regla de la "sana crítica" (Véase Sent. Nº 1698 del TSJ/SPA, de fecha 19 de julio de 2000, RDP Nº 83, p. 230). En este

sentido, la jurisprudencia ha reconocido la amplitud del órgano decisor en materia probatoria (Véase Sent. de la CSJ/SPA-Acc, de fecha 1 de julio de 1980, RDP Nº 3, p. 120).

TERMINACIÓN

§1407. Plan — Dentro de la etapa de terminación, cabe distinguir entre los modos de terminación siguientes: (i) normal, con los cuales se obtiene el resultado que se busca, esto es, la decisión expresa; y (ii) los modos de terminación anormal, en los que la anormalidad o excepcionalidad viene determinada porque no se obtiene el resultado deseado, esto es, porque en lugar de la decisión expresa se obtiene una no decisión expresa sobre el fondo del asunto, la cual, sin embargo, implica una extinción del procedimiento administrativo.

A. NORMAL

§1408. Decisión expresa — La regulación general de la terminación del procedimiento administrativo se contiene en el Título III, Capítulo I, Sección Tercera de la LOPA.

No se alude, en ninguno de los artículos, al silencio administrativo como forma de terminación del procedimiento, pues no lo produce, sino que simplemente opera como una presunción legal de terminación y, por eso, se habla de terminación presunta, a los solos efectos procedimentales o procesales, pero no a los demás. (García De Enterría).

Se debe observar también que la LOPA utiliza el término resolución en el sentido estricto de decisión, siendo así que debe reservarse tal expresión para los actos emanados del ministro (Art. 16 de la LOPA) (Véase Sent. de la CSJ/SPA-Acc, de fecha 1 de julio de 1980, RDP Nº 3, p. 128). Es decir, que la resolución constituye, propiamente, una especie de las decisiones o pronunciamientos sobre el fondo que es el género.

§1409. Obligación de resolver — La Administración Pública está obligada a decidir. Ahora, cuando el Art. 62 de la LOPA habla de resolución se está refiriendo a una especie de acto administrativo final del procedimiento administrativo: esto es, aquel que contiene el pronunciamiento del órgano administrativo sobre la cuestión del fondo, con plenos efectos jurídicos.

Ahora bien, el acto administrativo final puede recaer sobre las cuestiones previas o incidentales o sobre el fondo del asunto, según lo que decida. En este último sentido, el acto administrativo que pone normalmente fin a un

procedimiento administrativo puede dividirse en dos tipos básicos, en relación con las pretensiones jurídicas articuladas en él por el interesado:

- Desestimatorias, que son aquellas que rechazan las pretensiones del interesado, considerándolas improcedentes.
- Y estimatorias, que son las que se dictan en consonancia con las pretensiones del interesado, considerándolas procedentes, total o parcialmente.

§1410. Principio de congruencia — El Art. 62 de la LOPA establece que el acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubiesen sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación, acogiéndose así el denominado principio de congruencia o de la globalidad de la decisión en el procedimiento administrativo que tal como se formula en el ámbito del Derecho procesal, exige que la decisión guarde la debida correspondencia con lo alegado y probado por las partes (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 15 de octubre de 1981; 10 de junio de 1982).

§1411. Requisitos — El Art. 18 de la LOPA señala los elementos o requisitos esenciales o accidentales del acto administrativo.

Al respecto, se observa que los actos administrativos como declaraciones expresas deben ser escritos (arts. 17 y 18 de la LOPA), por lo que cualquier excepción a este principio general tendría que ser expresamente consagrado por la ley (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de junio de 1991, RDP Nº 46, p. 107; 30 de marzo de 1993, RDP Nº 53/54, p. 201). Sin embargo, la forma de los actos administrativos no se agota en la forma escrita.

§1412. Plazo — La vocación del procedimiento administrativo es de terminar en un plazo que el Art. 60 de la LOPA, establece de cuatro (4) meses, salvo que se acuerde una o varias prórrogas que no excederán en total de dos (2) meses cuando medien circunstancias excepcionales (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 16 de marzo de 2000, RDP Nº 81, p. 194). Ahora bien, el término indicado no comporta la nulidad de la decisión final que se dicte con posterioridad a su vencimiento.

B. ANORMAL

I. DESISTIMIENTO ADMINISTRATIVO

§1413. Concepto — Entendemos por desistimiento administrativo el acto escrito del interesado que ha incoado el procedimiento administrativo o su representante, que no necesita para ello poder especial alguno según la doctrina española (García De Enterría, González Pérez), en cualquier momento del procedimiento administrativo, por el que declara que abandona

su pretensión, aunque no el derecho o derechos subjetivos que pudieran corresponderle.

§1414. Declaración de desistimiento — El desistimiento es la declaración de voluntad unilateral del interesado dirigida a la terminación del procedimiento, pero ésta no se produce hasta que se declara así por la Administración Pública. Esta última queda obligada a aceptar la solicitud de desistimiento mediante una decisión administrativa, declarando al mismo tiempo concluso el procedimiento administrativo a todos los efectos.

Sin embargo, la declaración del desistimiento no procede en presencia de los supuestos siguientes:

- No puede la Administración Pública declarar (obligación negativa) desistido el procedimiento administrativo, cuando habiéndose apersonado otros interesados, estos no han desistido, pues el desistimiento de uno de ellos no afecta a los demás (Art. 63 de la LOPA).
- Puede la Administración Pública no declarar (facultad negativa) desistido el procedimiento administrativo, cuando el órgano competente para resolver estime que razones de interés público justifican la continuación del procedimiento administrativo. La redacción del Art. 66 de la LOPA, es clara y no deja lugar a dudas.

II. PERENCIÓN ADMINISTRATIVA

§1415. Concepto — La perención administrativa es la forma de terminación del procedimiento administrativo que tiene lugar en virtud de la declaración de la Administración Pública cuando el interesado no remueve el obstáculo en el plazo que la ley señala, a pesar de haber sido requerido para ello por la autoridad administrativa.

De ahí que únicamente procede la perención por hecho imputable al interesado, y solo en los procedimientos administrativos iniciados a instancia de este (Art. 64 de la LOPA). Por tanto, no procede en el estado de dictar la decisión, porque tal actividad es responsabilidad exclusiva del órgano decisorio (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 3 de agosto de 1987, caso *Línea Aeropostal Venezolana*, RDP Nº 31, p. 77).

§1416. Requisitos — La declaratoria de perención administrativa está sometida a los requisitos siguientes: (i) la paralización; (ii) la imputabilidad del interesado; y (iii) el requerimiento.

§1417. Paralización — La paralización supone la detención, la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo; no se dará, por tanto, cuando se requiera al interesado para que haga una declaración, presente un informe,

etc., salvo lo que dejamos dicho en relación con el Art. 50 de la LOPA, donde cabe hablar de una perención breve.

§1418. Imputabilidad del interesado — Considerada la perención como un medio de evitar la pendencia indefinida del procedimiento administrativo, su paralización tiene que ser imputable al interesado que lo inició, con lo cual se excluye tal figura en el procedimiento administrativo iniciado de oficio, así como cuando la paralización es imputable a la Administración Pública.

§1419. Requerimiento de la Administración Pública — Se puede afirmar que una medida que aumentará las garantías de los interesados es la que establece el Art. 63 de la LOPA, en el sentido de que cuando se paralice un procedimiento administrativo por causa imputable al interesado, la Administración Pública le advertirá que, transcurridos dos (2) meses, a partir de la fecha de su notificación se producirá la perención del mismo, con archivo del expediente. Este requisito es de estricta observancia, cuya omisión determina la nulidad de la decisión declaratoria de la perención.

§1420. Declaración de perención — La perención debe ser declarada expresamente por la Administración Pública y ello por varias razones: por los antecedentes legales de la institución, lo mismo en el Derecho procesal que en Derecho administrativo formal; porque la terminación del procedimiento afecta indudablemente los derechos o intereses del interesado. Es por ello que este habrá de tener la oportunidad de recurrir, para lo cual no bastará con el requerimiento de la Administración Pública como presupuesto de la perención, sino que será necesario notificarle la decisión, y mal podrá realizarse tal notificación si la decisión no existe.

Así, en la perención, la situación fáctica de inactividad se transforma en jurídica por una declaración de la Administración Pública.

§1421. Carácter no automático — En contra de la anterior postura se pronuncia otro sector de la doctrina, al señalar que si se entiende que la perención opera automáticamente y que la declaración de perención tiene valor meramente declarativo, de acuerdo con el Derecho administrativo formal entender –según el Art. 64 de la LOPA–, la perención no opera *ope legis*, sino en virtud de la formal declaración de la Administración Pública, la cual no tiene valor declarativo sino constitutivo.

III. EFECTOS

§1422. Plan — La declaración de la perención produce diversos efectos relacionados con: (i) el procedimiento administrativo mismo; (ii) los nuevos

procedimientos administrativos; (iii) los interesados; y por último (iv) la impugnación.

§1423. Procedimiento administrativo — La perención produce la terminación del procedimiento administrativo y, consiguientemente, el archivo del expediente administrativo. De ahí que los efectos de la perención dependen del tipo de procedimiento administrativo. Si se da en el procedimiento de constitución del acto administrativo, se entiende por abandonada la instancia o procedimiento; si se da en el procedimiento recursivo, se tiene por desistido éste y, en consecuencia, deviene en firme la decisión recurrida.

§1424. Nuevos procedimientos administrativos — La perención abarca el procedimiento administrativo considerado como un todo, se extiende a todos los actos del mismo que se hayan realizado y, por consiguiente, también los actos de prueba.

Sin embargo, otro sector sostiene que las actuaciones, como las pruebas, pueden tener valor aun en otra instancia, con tal de que la relación jurídico-administrativa se establezca entre las mismas personas y sobre la misma materia.

Al respecto consideramos que la solución más ajustada es esta última, pues se encuentra en la línea del Art. 30 de la LOPA, que consagra los principios de economía, celeridad y eficacia; asimismo, está de acuerdo con el principio de la libertad de los medios de prueba, y del mismo modo se inspira en el principio de conservación del acto administrativo.

§1425. Interesados — La perención deja incólumes los derechos subjetivos del interesado, a menos que otros institutos, como el de la prescripción, los hayan extinguido; de ahí que nada se opone a que si aquellos no han prescrito, el interesado pueda hacerlos valer en un nuevo procedimiento administrativo (Art. 65 de la LOPA).

Así, la perención se diferencia de la preclusión, ya que esta última afecta a un acto aislado, mientras que la perención del procedimiento administrativo afecta a este considerado como un todo.

§1426. Prescripción — De conformidad con el Art. 65 de la LOPA, la declaratoria de perención no producirá el efecto de interrumpir los términos de prescripción. Ello no quiere decir que si las disposiciones reguladoras de la prescripción atribuyen el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la solicitud o petición deducida en el procedimiento administrativo perimido, queden derogadas aquellas disposiciones.

§1427. Impugnación — Finalmente, un tema que no debe omitirse es el relativo a la posibilidad de recurrir la declaración de perención, la cual debe ser notificada al interesado, por cuanto la terminación del procedimiento administrativo afecta sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

EFICACIA

§1428. Planteamiento general — La eficacia del acto administrativo, cuando se ha cumplido todo el procedimiento de su formación y el Ordenamiento jurídico le otorga además la obligatoriedad de su cumplimiento, se expresa por una serie de actos complementarios de vida jurídica distinta, tales como la publicación, la notificación administrativa, la inscripción o fiscalización del acto administrativo principal.

A. NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

§1429. Derecho positivo — El Art. 73 de la LOPA dispone, con carácter general, la obligación de notificar al interesado todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 28 de septiembre de 1981, RDP Nº 8, p. 114).

De ahí que tal obligación no se extiende a toda clase de actos administrativos, sino solamente a los que afectan a los derechos o intereses legítimos de los administrados, sean de gravamen o no.

§1430. Plan — Debe distinguirse la notificación de la expresión “comunicación al interesado”, hasta el punto de que puedan distinguirse las siguientes formas de comunicación al interesado: (i) a notificación “domiciliaria” (Art. 75 de la LOPA) ; (ii) la notificación subsidiaria o “por prensa” (Art. 76 de la LOPA); (iii) la notificación no sustitutiva (Art. 72 de la LOPA) y, por último (iv) la “notificación de hecho” (Araujo-Juárez).

§1431. Concepto — Entre las notas diferenciales de la notificación administrativa con la publicación, condicionante por otra parte de su misma eficacia, es la de constancia en el expediente administrativo de la recepción por el interesado. Por tanto, le corresponde la carga de la prueba de dicha notificación a la Administración Pública autora del acto (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 11 de junio de 1981, RDP Nº , p. 154), de tal forma que la notificación produce solo efecto cuando se cumplen los requisitos legales para que el acto administrativo que se notifica llegue a su destinatario (principio de la receptividad), aun cuando este no haya llegado a conocerlo (principio del conocimiento).

Finalmente, se debe destacar que no aparece legalmente prescrita una forma particular de dejar constancia del hecho de la recepción, por lo que el sistema de realizarla con un libro de correspondencia que se presente al receptor, donde se deja constancia de nombre, cédula y firma, no es contraria a derecho (Véase Sent. de la *CSJ/SPA*, de fecha 15 de junio de 1993, RDP Nº 53/524, p. 189).

§1432. Requisitos — El legislador, además de imponer a la Administración Pública, como regla general, la notificación del acto administrativo de efectos particulares, exige también una serie de requisitos que tienden a facilitar al destinatario el conocimiento de aquellos extremos que pueden facilitar su defensa.

§1433. Objetivos — En lo atinente a los requisitos objetivos señalaremos que la notificación deberá contener los siguientes extremos, de acuerdo con la jurisprudencia: (i) el texto íntegro del acto administrativo; (ii) indicación de los recursos, los plazos y los órganos (Art. 73 de la LOPA) (Sent. de la CPCA, de fecha 24/10/85, caso *Sociedad Atrium, C. A.,* RPDN Nº 24, p. 122).

§1434. Actividad — En cuanto a los requisitos de la actividad, distinguimos:

- Lugar: las notificaciones se dirigirán al domicilio o residencia del interesado o de su apoderado o al domicilio especial señalado para las notificaciones en el escrito de petición (Art. 49, ord. 3º de la *LOPA*).
- Tiempo: no existe, como en el Derecho comparado, plazos a partir de la decisión producida, por lo que habrá de estarse al plazo de los cuatro meses o a su prórroga, si fuere el caso.
- Forma: las notificaciones se realizarán mediante oficio (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 21 de abril de 1980, RDP Nº 2, p. 117), mediante acta levantada con testigos o cualquier otro medio, que permita tener constancia de la recepción, la fecha y la identidad del acto notificado.

B. MEDIOS DE EJECUCIÓN

§1435. Concepto — Los medios de que se vale la Administración Pública para la ejecución administrativa consisten en la realización de los actos jurídicos o materiales previstos expresamente por la legislación procedimental para obtener el cumplimiento de los actos administrativos por: (i) sus propios medios (ejecución directa): (ii) o para obligar al destinatario a que cumpla el acto o lo ejecute (ejecución espontánea) o, por último, (iii) fracasada esta, cuando la Administración Pública *per se* ejecuta o hace ejecutar el acto administrativo por terceros (ejecución forzosa o coactiva).

§1436. Ejecución forzosa — La ejecución forzosa es muy simple: hecho el oportuno apercibimiento al interesado, inmediatamente o transcurrido el término concedido sin ejecución voluntaria, la Administración Pública puede de oficio (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 8 de marzo de 1995, JCSJ, Nº 3, p. 277) acudir a la ejecución forzosa, la cual consiste en la realización de la misma cosa que había de realizar el interesado, por el procedimiento más idóneo. No es admisible realizar algo distinto sino idéntico a lo que venía obligado. Ni tampoco realizarlo por el procedimiento más costoso.

§1437. Modalidades — El Art. 80 de la LOPA, tipifica solo y nada más que los medios de ejecución administrativa que señalamos a continuación: (i) ejecución indirecta; (ii) sanción coercitiva; (iii) compulsión sobre las personas; y por último (iv) coerción indirecta.

§1438. Ejecución indirecta — En los casos de actos administrativos que impongan a los destinatarios obligaciones que no sean personalísimas, la Administración Pública podrá proceder a la ejecución de manera indirecta o subsidiaria.

En tales casos no existe discrecionalidad administrativa en la elección de los medios de ejecución contra la voluntad del interesado, los cuales se encuentran en relación con el contenido de la prestación exigida al particular, en los cuales podrá llevarse a cabo la ejecución forzosa, así:

- Por la propia Administración Pública a través de sus funcionarios u obreros.
- Por un tercero al que se encomienda su realización.

§1439. Sanción coercitiva — Cuando se trate de actos de ejecución personal y el interesado se resistiere a cumplirlos, se le impondrá multas sucesivas mientras permanezca su rebeldía (Art. 80, ord. 2º de la LOPA). La esencia de la sanción coercitiva es que puede practicarse tantas veces cuantas sean necesarias para lograr la ejecución que se pretende, en la forma y cuantía que las leyes determinen.

§1440. Compulsión sobre las personas — Los actos administrativos que impongan a los interesados una obligación personalísima de no hacer o de soportar, podrán ser ejecutados mediante compulsión directa sobre las personas en los casos que la ley autorice expresamente y siempre dentro del respeto debido a la dignidad de la persona humana (por ejemplo, la disolución de manifestaciones no autorizadas, la prestación del servicio militar obligatorio).

§1441. Coerción indirecta — Finalmente, entre otras discutibles técnicas por fortuna no recogidas por la LOPA, se menciona la prisión subsidiaria

autorizada por determinadas disposiciones legales para estimular el pago de las multas.

Sin embargo, debemos señalar que la naturaleza de las sanciones administrativas de carácter económico excluye, en los casos de no satisfacción de las mismas, su convertibilidad en prisión o arresto por su evidente inconstitucionalidad.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONSULTIVO

A. RÉGIMEN GENERAL

§1442. Objeto — Además de la clasificación que establece la LOPA, se ha de mencionar el procedimiento administrativo consultivo que regula la LOAP (Arts. 138 a 140) para la elaboración de los instrumentos de contenido normativo. El objeto del procedimiento administrativo consultivo no es el ejercicio de una función administrativa sino el cauce del ejercicio de la potestad normativa que detenta la Administración Pública en su rol de regulación sectorial, y que se traduce en el dictado de normas reglamentarias o de otra jerarquía que se insertarán en el Ordenamiento jurídico general.

§1443. Principios — También debemos mencionar que le resultan aplicables los principios siguientes: debido proceso, publicidad, oralidad, contradicción, instrucción e impulsión de oficio y economía procesal.

§1444. Fundamentación jurídica — Es la garantía constitucional del debido proceso que aquí se traduce en el derecho de toda persona a ser oída con carácter previo a la emisión de un acto normativo que pueda afectar sus derechos e intereses; la cual debe cumplirse ya no individualmente sino, esta vez, con el público antes de emitir actos de contenido normativo, con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley.

§1445. Excepciones — La LOAP establece los supuestos de excepción (Art. 140):

- En caso de emergencia manifiesta.
- Por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad.
- Los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución, supuesto este que se incorporó con la reforma de 2008, con desmejora grave del derecho fundamental de participación ciudadana.

B. ESTRUCTURA

§1446. Integración — El procedimiento administrativo consultivo está integrado por un conjunto de actos y estos, a la vez, están agrupados en

etapas, para poder alcanzar los fines para los cuales el procedimiento ha sido diseñado.

I. PREPARATORIA

§1447. Actividad interna — Es una actividad interna relacionada con el conjunto de actividades efectuadas previamente por el órgano o ente público atinentes a la redacción del proyecto, y la formación del expediente contentivo de todos los documentos considerados a los efectos de la consulta pública (informes, estudios, dictámenes y demás actuaciones).

II. INICIACIÓN

§1448. Acto de apertura — El procedimiento administrativo consultivo se inicia de oficio por el órgano o ente público competente mediante un acto de apertura que cumpla los requisitos siguientes:

- La exposición de motivos que indique la necesidad y oportunidad del anteproyecto.
- La unidad administrativa responsable de la sustanciación.
- El lapso dentro del cual se recibirán por escrito las observaciones.
- Indicar de manera expresa que los resultados de la consulta no son vinculantes.

§1449. Publicidad — Luego se deberá proceder a la remisión del correspondiente acto de apertura a las comunidades organizadas inscritas ante el registro respectivo, con toda la información necesaria sobre el anteproyecto.

Asimismo, se publicará en la prensa nacional y si fuere el caso, en el portal oficial de Internet, a través de *links*, el auto de apertura correspondiente y el anteproyecto normativo en consulta. Por último, es también práctica habitual la estructuración de foros electrónicos interactivos ubicados en el portal oficial de internet que ofrece el organismo o ente público a tales efectos.

III. SUSTANCIACIÓN

§1450. Consignación y recepción — Luego de los diez (10) días hábiles siguientes a partir de la recepción o publicación de la convocatoria comienza a contarse el lapso establecido para que las comunidades organizadas y cualquier persona interesada presenten por escrito sus observaciones y comentarios.

La consignación puede realizarse en físico en la Oficina de Atención al Usuario, o electrónicamente a través de su envío al “Foro Electrónico” ubicado en el portal oficial de Internet si fuere el caso, el cual tiene carácter interactivo.

§1451. Audiencia pública — La audiencia pública es la parte más importante, pues garantiza el ejercicio del derecho al debido proceso y a ser oído. Se trata de una técnica de participación "activa", en la cual el público tiene la "oportunidad de ser oído" y no solo la "oportunidad de estar presente". Es un acto formal –y no un acto informal abierto al público como es el caso de las reuniones populares–, bajo la dirección de un funcionario sustanciador y regido por los principios de la oralidad, la publicidad y la inmediación.

La idea central de la audiencia pública es que haya un efectivo intercambio de opiniones sobre el anteproyecto en consulta, de modo que pueda aprovecharse el diálogo y debate de especialistas e interesados, y ello repercuta en la calidad de la norma final.

§1452. Carácter no vinculante — El resultado de la consulta no es vinculante por expresa disposición de la LOAP (Art. 139), es decir, no significa que se deban acoger las observaciones planteadas por los participantes. Sin embargo, la Administración Pública sí está en la obligación de evaluar y pronunciarse sobre la opinión de los participantes, ya que se aseguraría una actuación correcta y oportuna.

IV. TERMINACIÓN

§1453. Publicidad — Finalizado el acto de la audiencia pública, y una vez estudiadas todas las observaciones, la unidad sustanciadora procederá a someter a la instancia respectiva, a los fines de dictar o modificar el anteproyecto respectivo y ordenar su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela u otro medio oficial según corresponda, y pudiendo también de ser el caso publicar el informe final.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Col. Estudios Jurídicos Nº 6, EJV, Caracas, 2003; Chavero Gazdik, R., "La participación ciudadana en la elaboración de actos generales", en *RDP* Nº 59-60, Caracas, 1994; García De Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; González Navarro, F., *Derecho Administrativo Español,* T. II, EUNSA, Pamplona, 1988; González Pérez, J., *Manual de Procedimiento Administrativo,* Civitas, Madrid, 2000.

LECCIÓN 10. REVISIÓN ADMINISTRATIVA

Tema 34. Revisión de Oficio

Sumario: TEORÍA DE LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA: Régimen general. Revocación administrativa. Anulación administrativa. Saneamiento administrativo.

TEORÍA DE LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA

A. RÉGIMEN GENERAL

I. INTRODUCCIÓN

§1454. Concepto — Por cuanto la Administración Pública está sometida al principio de legalidad se le reconoce un interés en restablecer la legalidad infringida cabalmente como una potestad de revisión del acto administrativo inválido. Ahora bien, en un sentido etimológico, revisión es rever: ver de nuevo, ver más de una vez, volver a ver.

En un sentido jurídico es algo más que eso: es ver o volver a ver para fiscalizar, para controlar y, en su caso, para enmendar.

II. POTESTAD ADMINISTRATIVA

§1455. Naturaleza — La potestad de revisión administrativa ha sido reconocida como un atributo o potestad administrativa inherente a la Administración Pública y no como un sucedáneo de la potestad jurisdiccional (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 26 de julio de 1984, caso *Despacho Los Teques, C.A.*, RDP Nº 19, p. 130) y, además, es una regla general, no derogable sino por norma expresa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 26 de junio de 1990, caso *Karl y Josefina Wulf*, RDP Nº 43, p. 72).

§1456. Fundamento — La potestad de autotutela tiene dos manifestaciones: (i) la autotutela decisoria y (ii) la autotutela ejecutiva. El fundamento de la potestad de la Administración Pública para revisar sus propios actos radica en la potestad de autotutela decisoria –por oposición a la potestad de autotutela ejecutiva.

De la primera surge el principio de autocontrol, en las facultades de la potestad de revocación y la potestad de declaratoria de nulidad (Véase Sent. Nº 1107 del TSJ/SPA, de fecha 19 de junio de 2001, RDP Nº 85-88, p. 238) o de anulación por un lado, y de saneamiento, por el otro.

§1457. Derecho positivo — La jurisprudencia ha sostenido que la posibilidad de la Administración Pública de revisar sus actos administrativos, esto es, la acción de volver sobre los mismos a fin de su modificación o desaparición del mundo del Derecho, tiene verdaderamente su fundamento en el interés público.

Así, la potestad de autotutela –la realización de los propios intereses que representa la Administración Pública sin acudir a los tribunales– es la gestión administrativa que permite revocar, y la realización del interés público su fundamento (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 31 de enero de 1990, caso *Farmacia Unicentro C.A.*, RDP Nº 41, p. 89).

III. CLASIFICACIÓN

§1458. Figuras jurídicas — De acuerdo con los planteamientos efectuados, parece necesario proceder a aislar, en nuestro Derecho positivo, las figuras jurídicas que pueden ser consideradas como revisión administrativa.

Es en el Capítulo I del Título IV de la LOPA, redactado bajo la rúbrica de Revisión de Oficio, donde se encuentra la base normativa del análisis delimitador que se pretende. Este Capítulo –Arts. 81 al 84–, frente a la aparente intención de unidad, presenta un buen número de figuras jurídicas cuya conexión es puramente marginal, sistematizadas bajo el denominador común de la actuación de la potestad de revisión de oficio de la Administración Pública sobre sus propios actos.

Bajo esta idea rectora, es decir, desde la perspectiva de la potestad administrativa de revisión de oficio de la Administración Pública respecto de sus actos administrativos, se trata, en la LOPA, de agrupar o sistematizar instituciones realmente heterogéneas, así: (i) la revocación administrativa (Art. 82 de la LOPA); (ii) la anulación administrativa y la acción de nulidad administrativa (Art. 83 de la LOPA); (iii) la conversión (Art. 21 de la LOPA); (iv) la convalidación (Art. 81 de la LOPA); y por último (v) la rectificación administrativa (Art. 84 de la LOPA).

B. REVOCACIÓN ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCIÓN

§1459. Planteamiento general — El análisis del tema nos obliga comentar la confusión de la doctrina –la cual persiste– que no distingue entre: (i) los modos de extinción naturales; y (ii) los modos de extinción excepcionales de los actos administrativos.

Entre los modos de extinción natural estarían: el cumplimiento del objeto, la imposibilidad de hecho sobreviniente, la expiración del plazo, el acaecimiento de una condición resolutoria y por último la renuncia. Y entre los modos de extinción excepcional: la revocación administrativa, la anulación administrativa, la acción de nulidad y los recursos administrativos.

§1460. Distinción — La revocación administrativa es una de las potestades administrativas consagradas en el Art. 82 de la LOPA. Al respecto, existe una distinción que se ha convertido en clásica y con la cual se inicia todo estudio relativo a la potestad de revocación administrativa, como una de las formas de extinción. Esta distinción se plantea entre las figuras jurídicas de anulación y revocación administrativas.

Para distinguir la revocación de la anulación administrativa, la doctrina ha acudido a diversos criterios, dos de carácter formal u orgánico:

- La anulación sería obra del órgano que en el complejo orgánico administrativo, ocupa un escalón jerárquicamente superior al de aquel de quien procede el acto administrativo que se anula; mientras que la revocación sería obra del autor mismo del acto administrativo que se revoca.
- La anulación sería la ineficacia del acto administrativo debido a la revisión del mismo por los órganos jurisdiccionales; mientras que la revocación sería la ineficacia debida a la obra de la propia Administración Pública (Brewer-Carías, Lares Martínez) y la jurisprudencia (véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 31 de enero de 1990, RDP Nº 41, p. 89).

Y cuatro de carácter material:

- La anulación procede cuando el acto administrativo está afectado por vicios que lo convierten en nulo; mientras que la revocación actúa solo cuando los vicios lo convierten en anulable.
- La anulación procede cuando el acto administrativo está afectado de vicios de forma; mientras que la revocación procedería cuando los vicios afectan al fondo.
- La anulación del acto administrativo se basa, independientemente del órgano que la acuerda, en los vicios originales en el momento de dictarse; mientras que la revocación, en la ilegalidad sobrevenida o en razones de oportunidad.
- Y el último criterio se basa en que la anulación procede por motivos de legalidad; mientras que la revocación por motivo de mérito. En el primer caso, el acto es contrario al Ordenamiento jurídico, mientras que en el segundo es contrario al interés público. Por tanto, la anulación procede cuando la alteración del acto viene determinada por motivos de legalidad (vicios jurídicos), en tanto que la revocación tiene lugar por razones de mera oportunidad o conveniencia (vicios de mérito). De aquí se deduce que entre revocación y anulación hay una diferencia de ámbito.

§1461. Concepto — Los actos administrativos gozan de una presunción general de legitimidad, salvo que hayan sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o que adolezcan de otros vicios graves. Así, pues, están amparados por una presunción *juris tantum*, es decir, solo operan mientras el acto administrativo no haya sido revocado o declarado nulo por la autoridad competente.

En el Derecho positivo la LOPA distingue, además de la figura de la anulación, la de la revocación administrativa, que es definida como "el poder de la Administración de retirar, de extinguir los efectos de los actos administrativos cuando razones de interés público aconsejen su revisión".

En efecto, el procedimiento de revisión del acto administrativo es el que se produce cuando la Administración Pública busca, a través del mismo, si se ha cumplido el interés público primario del cual es tutora. El procedimiento de revisión es, así, el examen de un procedimiento precedente con los efectos prácticos alcanzados a través del mismo, esto es, de los resultados perseguidos y obtenidos. El procedimiento por excelencia es el de revocación administrativa, previsto en el Art. 82 de la LOPA.

Finalmente observamos que es correcta la calificación procedimiento de oficio, por el hecho de que se trata de una institución que está dirigida al cuidado específico de un interés de la Administración Pública y solo a la misma atañe (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 26 de julio de 1984, caso *Despachos Los Teques, C.A.*, RDP Nº 19, p. 130).

II RÉGIMEN JURÍDICO

§1462. Competencia — De conformidad con la LOPA, competente es tanto el órgano que dicta el acto como el superior jerárquico (Art. 82 de la LOPA).

§1463. Extensión — La revocatoria del acto administrativo puede ser total o parcial, según sea la naturaleza del mismo, y siempre en cuanto su contenido de manera general sea susceptible de contrariar el interés público o apenas una parte de ese contenido. Es una cuestión que debe resolverse en cada caso particular, y donde han de tenerse presente los respectivos principios que rigen este aspecto de los actos jurídicos.

§1464. Oportunidad — El Art. 82 de la LOPA, es muy claro cuando señala que la potestad de revocación puede ejercerse "en cualquier momento". No hay límite de tiempo al respecto.

§1465. Objeto — La potestad de revocación solo es ejercitable cuando el acto administrativo, objeto de la misma, no haya creado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos en relación con un particular.

Como se trata de actos que en principio, son válidos, la revocación no puede reconocerse cuando se trate de actos administrativos que han generado derechos adquiridos, en virtud del principio de la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales, criterio este sentado por la jurisprudencia (Véase Sent. Nº 1033 del TSJ/SPA, de fecha 11 de mayo de 2000, RDP Nº 82, 200, p. 388).

§1466. Eficacia temporal — La potestad de revocación se concreta en un nuevo acto administrativo que produce efectos en cuanto a la eficacia del acto administrativo original, consistentes en su extinción. Con relación a los efectos en el tiempo, los mismos se producen *ex nunc*, es decir, para el futuro, esto es así porque en tal caso la revocación tiene efectos constitutivos.

C. ANULACIÓN ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCIÓN

§1467. Planteamiento general — A la potestad de autotutela decisoria hay que entenderla referida a las alusiones que la doctrina y la jurisprudencia nacional de una manera casi general hacen del principio, o más propiamente de la autotutela, como fundamento de la potestad de anulación de oficio (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 11 de agosto de 1983, RDP Nº 16, p. 160; de fecha 7 de agosto de 1991, caso *Raúl García A.*, RDP Nº 47, p. 117; CSJ/SPA, de fecha 26 de julio de 1984, caso *Despachos Los Teques, C.A.*, RDP Nº 19, p. 130; de fecha 14 de mayo de 1985, caso *Freddy M. Rojas*, RDP Nº 23, p. 143; de fecha 9 de marzo de 1987, caso *Mariano Fernández Pérez*, RDP Nº 30, p. 118). Por otra parte, la potestad anulatoria no es sino una de las formas de ejercicio del control administrativo de legalidad.

En conclusión, es lo cierto que la denominada potestad de autotutela que a la Administración Pública se reconoce, en cuanto posibilidad de realizar su propia tutela jurídica en caso de conflicto potencial o actual, sirve para justificar adecuadamente la potestad administrativa que a la Administración Pública se otorga de proceder, sin auxilio de tribunales, a anular sus propios actos administrativos viciados de nulidad absoluta.

§1468. Distinción — El Art. 83 de la LOPA regula, en realidad dos figuras distintas. Por una parte, la anulación de oficio de los propios actos viciados de nulidad absoluta; y por otra una acción de nulidad, cuya real funcionalidad

como tal es puesta de relieve por la doctrina, en cuanto establece también una exigencia de la nulidad absoluta.

Ahora bien, en cada uno de los casos mencionados, el ejercicio de la potestad de anulación tiene una justificación distinta, aunque el procedimiento y los resultados vengan a ser los mismos, en cuanto que el régimen jurídico por aplicar –el derivado de la nulidad absoluta– es idéntico.

§1469. Concepto — Es la potestad administrativa de anular un acto administrativo contrario a Derecho por otro acto administrativo de contrario imperio. El Art. 83 de la LOPA consagra la declaración de la nulidad absoluta, de oficio, es decir, sin necesidad de solicitud de parte interesada (anulación oficiosa). En efecto, la esencia de la nulidad absoluta consiste en su trascendencia general; la gravedad de los vicios que la determinan trasciende del puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general. Por eso, precisamente, el consentimiento del interesado no convalida el acto absolutamente nulo, ya que nadie puede convertir eficazmente algo que rebasa su propia esfera individual y trasciende al ámbito de lo general.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§1470. Competencia — La nulidad absoluta resulta ser, entonces, de orden público, lo cual explica que puede ser declarada de oficio por:

- El órgano jurisdiccional (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de abril de 1994, RDP Nº 57/58, p. 249)
- La propia Administración Pública

§1471. Obligatoriedad — En primer lugar, corresponde examinar cuál es el carácter del ejercicio de la potestad de anulación, en el sentido de resolver si la misma instrumenta un poder utilizable discrecionalmente por la Administración Pública o si, por el contrario, debe necesariamente utilizarlo cada vez que detecta una infracción legal subsumible en alguna de las causas de nulidad absoluta.

Al respecto afirmamos que constituye una potestad ("podrá"), y no una facultad que puede ejercer discrecionalmente, puesto que: en primer término, si se conoce de un acto administrativo absolutamente nulo y la Administración Pública está sometida al principio de legalidad, existe un deber de ejercer esa potestad (improrrogabilidad); en segundo término, el vocablo "podrá" que emplea el Art. 83 de la LOPA significa una verdadera habilitación que contrasta con el respeto del derecho adquirido ilegítimamente.

§1472. Acto administrativo de gravamen — El acto administrativo de gravamen es el que irroga cargas y obligaciones para el administrado y, en general, inciden desfavorablemente en la esfera jurídica del mismo.

De aquí que deba concluirse que la Administración Pública puede revisar los actos administrativos de gravamen por un acto de contrario imperio, con respeto a las especiales garantías jurídicas de procedimiento administrativo, y siempre que no existan terceros interesados.

§1473. Acto administrativo favorable — En el caso del acto administrativo favorable o declarativo de derechos, la situación es muy distinta.

En efecto, desde una perspectiva jurídica, podrán aquí utilizarse los dos argumentos esenciales que, como ha indicado la doctrina, han operado históricamente en la potestad de anulación para reducir su ámbito (García de Enterría): (i) el principio de *venire contra factum proprium non valet*, esto es, de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos y (ii) el principio del respeto a los derechos adquiridos, con criterio amplio, esto es, no solo los derechos subjetivos sino también los intereses cualificados.

§1474. Excepción — Finalmente, en determinados supuestos, la Administración Pública está autorizada para anular –incluso los actos administrativos declarativos de derechos– cuando:

- La Ley expresamente así lo autorice (Art. 19, ord. 2º de la LOPA) y, por tanto, los actos vienen ya producidos bajo reserva de su anulación.
- Si cambian las circunstancias que habían influido en su creación, con lo cual estaríamos en presencia de una causal legal de extinción de actos administrativos creadores de derechos a favor de los administrados.
- Si el acto administrativo está viciado de nulidad absoluta, según lo sostiene nuestra jurisprudencia (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 5 de diciembre de 1991, RDP Nº 48, p. 131; Nº 1033 del TSJ/SC, de fecha 11 de mayo de 2000, caso *Aldo Ferrer García*; y Nº 1798 del TSJ/SC, de fecha 19 de julio de 2005, RDP Nº 103, p. 201).

III. REQUISITOS

§1475. Plan — De acuerdo con la legislación procedimental, examinaremos a continuación los requisitos de ejercicio de la potestad de anulación: (i) subjetivos; (ii) objetivos; y (iii) y de la actividad.

a. *Subjetivos*

§1476. Competencia — La atribución genérica de la potestad para anular los actos en vía administrativa que hace el Art. 83 de la LOPA, refiriéndose sin mayores especificaciones a la “administración”, plantea el problema de

la determinación de cuál es el órgano concreto dentro de cada complejo organizativo, al cual se atribuye la potestad de anulación.

§1477. Iniciativa — Las modalidades son:

- En el procedimiento administrativo de anulación de oficio, la iniciación del procedimiento formal de revisión procede mediante pronunciamiento del órgano al que corresponde promover la revisión (autor o superior jerárquico).
- Es claro también, en función de la existencia de dos figuras diversas en el texto del Art. 83 de la LOPA, esto es, la anulación de oficio y la acción de nulidad.

§1478. Legitimación — A pesar de la impropiedad del vocablo utilizado: "particulares", no cabe duda, en relación con la legitimación para instar el procedimiento de la potestad de anulación por la vía de la acción de nulidad, la aplicación de las reglas generales sobre legitimación que permite la titularidad de derechos subjetivos o intereses legítimos.

En efecto, del Art. 83 de la LOPA deriva también una acción de nulidad –que no recurso propiamente dicho– para requerir la actividad de la Administración Pública tendiente a privar de efectos jurídicos al acto administrativo viciado de nulidad absoluta, que constituye un remedio procedimental idóneo para poner en marcha la potestad de anulación, provocando la apertura de un procedimiento administrativo que habrá de ser ineludiblemente resuelto por el órgano competente.

b. *Objetivos*

§1479. Nulidad absoluta — Los actos administrativos anulables, a la vista de los términos del Art. 83 de la LOPA, serán los actos administrativos viciados de nulidad absoluta.

c. *De la actividad*

§1480. Plazo — La potestad de anulación (de oficio) o la acción de pedir la nulidad absoluta en vía administrativa es imprescriptible (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 11 de agosto de 1993, RDP Nº 55/56, p. 237), pues el Art. 83 de la LOPA, expresamente dice que podrá declararse la nulidad absoluta de los actos dictados por la Administración "en cualquier momento" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 26 de julio de 1984, caso *Despachos Los Teques, C.A.*, RDP Nº 19, p. 130; de fecha 9 de marzo de 1987, caso *Mariano Fernández Pérez*, RDP Nº 30, p. 118), lo que es un reflejo del carácter insubsanable de la nulidad absoluta.

§1481. Procedimiento administrativo — No obstante la ausencia de regulación para el cumplimiento de procedimiento alguno, es posible afirmar la exigencia de seguir un procedimiento administrativo para que el acto

administrativo que concreta el ejercicio de la potestad de anulación pueda reputarse válido, pues las actuaciones de oficio de la Administración Pública están procedimentalizadas (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 19 de junio de 1986, caso *Carlos J. Gómez,* RDP Nº 27, p. 96).

§1482. Garantías del interesado — El acto anulatorio, como acto administrativo que es, debe ser objeto de todas las formas de control administrativo que el Ordenamiento jurídico prevea con relación a ello, y, asimismo, debe ser susceptible de plena revisión jurisdiccional.

D. SANEAMIENTO ADMINISTRATIVO

§1483. Plan — El saneamiento de los actos administrativos dispuesto por la LOPA se manifiesta en tres vías o técnicas: (i) la convalidación (Art. 81 de la LOPA); (ii) la rectificación o corrección (Art. 84 de la LOPA); y por último (iii) la conservación y conversión del acto administrativo (Art. 21 de la LOPA), los cuales analizaremos de seguidas.

I. CONVALIDACIÓN ADMINISTRATIVA

§1484. Concepto — De acuerdo con el art. 81 de la LOPA, la técnica de la convalidación se refiere al acto administrativo viciado que, en ciertos casos y reuniendo determinadas condiciones, puede ser regularizado en cualquier momento por un acto administrativo posterior, cuando de ello no resulte un perjuicio para el interés público, ni lesione derechos de terceros (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 11 de agosto de 1983, RDP Nº 16, p. 160).

Por tanto, la Administración Pública no puede, mediante actos sustitutivos, pretender subsanar vicios existentes en los actos originalmente dictados, sino que los defectos deben subsanarse haciendo las correspondientes correcciones en el acto mismo, mediante el denominado acto de confirmación (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 8 de febrero de 1996, caso *Oscar José Martínez Alvarado,* JCSJ, Nº 2, p. 71). Por otra parte, la potestad convalidatoria solo pertenece a la Administración Pública, tal como lo observara la jurisprudencia (véase Sent. de la CPCA, de fecha 8 de noviembre de 1993, caso *Rafael Bustamante,* RDP Nº 55/56, p. 227).

§1485. Eficacia — Por último, quienes sostienen la teoría de la convalidación admiten que tiene una eficacia retroactiva ya que, de no ser así, no se vería la utilidad y diferencia con el supuesto en que la Administración Pública anula el acto administrativo y dicta otro, afectando los principios de economía, celeridad y eficacia consagrados en el art. 30 de la LOPA.

II. RECTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

§1486. Concepto — El Art. 84 dispone lo siguiente: "La administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos".

En principio, la potestad de rectificar el error o potestad correctiva corresponde al órgano que dictó el acto administrativo objeto de rectificación, ya que si un órgano tiene competencia para dictar un acto, lógicamente ha de tenerla para rectificar los errores materiales o de cálculo en que haya podido incurrir al dictarlo.

Es cierto también que el Art. 84 de la LOPA no contiene la expresión "a instancia del interesado", sin embargo, hay que admitir que esta potestad de convalidación de la Administración Pública, de rectificar errores materiales y de cálculo, puede y debe ser ejercitada de oficio o a instancia del interesado. Esto último nos conduce a sostener que existe, en favor del interesado, una auténtica acción de rectificación.

§1487. Régimen jurídico — La regulación de la potestad de rectificar con un campo de aplicación muy limitado plantea dificultades, donde la tradicional distinción entre error de hecho y error de derecho es, sin duda, el punto de partida adecuado.

En tal sentido, la doctrina española ha formulado las siguientes observaciones (Meilán Gil):

- El error material (de hecho) y de cálculo (de cuenta o aritmético), a diferencia del error de derecho, no comporta una calificación jurídica, ni interpretación de las normas.
- El error material y de cálculo exige una constancia evidente, una apariencia ostensible, de tal forma que para descubrirlo sea suficiente una mera labor de comprobación (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de noviembre de 1981, RDP Nº 8, p. 119).
- La comprobación correspondiente al error material ha de obtenerse sin salir del expediente tramitado para el acto administrativo de que se trate. Cabe también comprobar la existencia de un error acudiendo a medios ajenos al expediente administrativo: una inspección, por ejemplo. El aparente error material sería, entonces, una infracción manifiesta de la ley.
- El error de cuenta o aritmético (el clásico error de cálculo), solo implica equivocada operación aritmética o discrepancia numérica (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de abril de 1983, RDP Nº 14, p. 161). Siempre ha de constar inequívocamente en el expediente administrativo y tiene como presupuesto esencial la inalterabilidad de los datos que se manipulan aritméticamente.

- El error aritmético siempre da lugar a rectificación.
- La rectificación es una simple vuelta de la descripción de los hechos a la realidad, permaneciendo inalterable el contenido de la decisión jurídica, puesto que se trata de esferas diferentes.

§1488. Criterio — El criterio esencial para detectar cuándo existe error material consiste en que el error sea observable, teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo. Por tanto, debe advertirse que cuando sea preciso llevar a cabo una simple comprobación exterior, por automática que sea, hay duda acerca de su carácter manifiesto y, por ende, no se estaría ya ante la figura técnica del error material (por ejemplo, la calificación de vivienda ruinosa).

§1489. Supuestos — En consecuencia, el error en las diversas manifestaciones –material, aritmético o de cuenta– entraña equivocación en la conclusión obtenida, partiendo de datos concretos (*error facti*); nunca error en la valoración o en la calificación jurídica de un hecho (*error iuris*).

En tal sentido, constituyen errores materiales los siguientes: la discrepancia numérica (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 d abril de 1983, RDP Nº 14), señalamiento de una disposición legal errónea en los presupuestos y fundamentos jurídicos de un acto administrativo (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 3 de marzo de 1988, RDP Nº 34), error en el cálculo del monto de una pensión jubilatoria (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 9 de marzo de 1987, RDP Nº 38), equivocación en los destinatarios de una acto administrativo (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 9 de junio de 1988, RDP Nº 35), y la omisión del tiempo para ocupar un cargo (Véase Sent. de la CPCA de fecha 4 de junio de 1992, RDP Nº 50), entre otros.

§1490. Improcedencia — No todos los errores materiales dan lugar simplemente a la rectificación administrativa; por el contrario, el error material puede implicar la anulabilidad del acto y provoca, incluso, su supresión, la privación de su eficacia y la obligación de dictar otro acto administrativo en su lugar.

§1491. Efectos jurídicos — Los efectos jurídicos de la rectificación administrativa son los siguientes:

- La rectificación administrativa no genera un nuevo acto administrativo, como bien observa la jurisprudencia (véase Sent. de la CPCA, de fecha 1 de diciembre de 1988, RDP Nº 37, p. 79).
- Los efectos de la rectificación administrativa deben entenderse producidos a partir del momento en que se dicta el acto (e*x tunc*) (p. ej.: reembolso de los haberes).

- Finalmente, la jurisprudencia ha sostenido que si bien la Administración Pública puede, en cualquier tiempo, corregir errores materiales o de cálculo, tal corrección no puede hacerla en desmedro del derecho del interesado (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 9 de marzo de 1987, caso *Mariano Fernández Pérez*, RDP Nº 30, p. 118) pues, de causar efectos en derechos subjetivos o intereses legítimos a una persona, no le es permitido corregir el acto (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 4 de junio de 1992, RDP Nº 50, p. 137).

§1492. Tiempo — Finalmente, el Art. 84 de la LOPA señala que la Administración podrá "en cualquier tiempo" corregir errores materiales o de cálculo.

III. CONVERSIÓN ADMINISTRATIVA

§1493. Concepto — El principio de estabilidad o conservación de los actos jurídicos es también de aplicación al campo del Derecho administrativo, y debe considerarse incluido en el precepto según el cual, la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad y eficacia (Art. 30 de la LOPA).

Así, con carácter general, el Art. 21 de la LOPA señala que en los supuestos de anulabilidad o nulidad relativa, si el vicio afecta solo a una parte del acto administrativo, por ejemplo, el establecimiento de una condición contraria a Derecho, no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquella (criterio de independencia) (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 14 de agosto de 1991, caso *Antonio Cardozo*, RDP Nº 47, p. 115).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Dromi, R., *Revisión del Acto Administrativo,* UNSTA, Tucumán, 1981; García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Meilán Gil, J.L., "Delimitación conceptual del error material y de cuenta", *RAP* Nº 55, Madrid, 1968; Rubio Caldera, F., *La Potestad Correctiva de la Administración Pública,* EJV, UCAT, Caracas, 2004.

Tema 35. Recurso Administrativo

Sumario: TEORÍA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO: Introducción. Naturaleza jurídica. RÉGIMEN JURÍDICO: Interposición. Sustanciación. Terminación. CLASIFICACIÓN: Recurso de reconsideración. Recurso jerárquico. Recurso institucional. Recurso de revisión. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA: Antecedentes. Derecho positivo.

TEORÍA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

A. INTRODUCCIÓN

§1494. Planteamiento general — El tema del recurso administrativo no ha sido tratado profusamente por la doctrina administrativa y este relativo abandono quizá sea demostrativo de la escasa significación práctica que ha tenido y tiene.

Pese a ello, la consagración del régimen de procedimientos administrativos de la LOPA que incluye el relativo al de los recursos administrativos –género y especie, respectivamente– constituye un hecho de significativa importancia.

Por ello, uno de los fundamentos esenciales de los recursos administrativos descansa en la conveniencia de que la misma Administración Pública pueda revisar nuevamente sus propias decisiones, si lo considera legal u oportuno y, al mismo tiempo, que no obligue a los interesados a someterse a un juicio largo y costoso en donde pueda obtener la satisfacción de unas pretensiones que, por ser jurídicas o convenientes, la misma Administración Pública puede conceder o reconocer. Además de que, con ello, se evita la congestión en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como ha venido aconteciendo en los últimos años con evidente perjuicio tanto para los administrados como para la propia Administración Pública.

§1495. Concepto — El recurso administrativo es un medio o instrumento de impugnación, que se promueve en el seno de la Administración Pública contra el acto administrativo de un órgano de esta, a fin de que lo anule, modifique o sustituya, por considerarlo ilegal o inoportuno y lesionar un derecho subjetivo o un interés calificado.

Lo esencial del recurso administrativo consiste en que se trata de un acto de impugnación, a un acto administrativo anterior, que da lugar a un nuevo procedimiento que posee también carácter administrativo, desde el punto de vista material. Esto es así porque la decisión se canaliza a través de la emisión

de un nuevo acto administrativo que traduce la función administrativa (en sentido material u objetivo), por parte de un órgano de la Administración Pública.

B. NATURALEZA JURÍDICA

§1496. Plan — En lo concerniente a la naturaleza jurídica del recurso administrativo, se observa que existen tres formas distintas de enfocar el problema, todas igualmente válidas, porque se refieren a distintas situaciones así: (i) derecho; (ii) acto jurídico; (iii) medio de defensa; y por último (iii) principio de auto-composición.

§1497. Derecho — Se dice que las personas tienen tales y cuales recursos administrativos a su disposición y, en tal caso, cabe hablar de remedios o protecciones procedimentales a su disposición, es decir, de derechos que el individuo tiene y puede ejercer (Brewer-Carías).

§1498. Acto jurídico — En un segundo sentido, se habla de recurso administrativo refiriéndose al ejercicio efectivo y concreto del derecho a recurrir, esto es, la presentación de un escrito interponiendo el remedio procedimental pertinente. En tal situación cabe entonces hablar de acto jurídico según la doctrina española (Martín Mateo).

§1499. Medio de defensa — Se habla de recurso administrativo en el sentido de remedio procedimental. En tal sentido, es un medio legal, medio jurídico, medio de defensa de los derechos del individuo ante las autoridades públicas, o medio de garantía de la esfera jurídica de las personas (segundo círculo de garantías –García De Enterría–).

§1500. Principio de auto-composición — Finalmente, para otro sector de la doctrina (H. Fix-Zamudio) se estaría en presencia de una situación donde una de las partes auto-compone, es decir, impone a la otra parte la solución de la controversia.

En tal virtud, la controversia se establece entre la Administración Pública y el administrado, pero la solución proviene de la primera, la cual puede imponerla a la otra, que es frecuentemente lo que caracterizaría a la autocomposición de los recursos administrativos.

§1501. Examen de las teorías expuestas — En realidad se trata de diferentes enfoques, ya que el recurso administrativo es un derecho de impugnación que se tramita a través de un procedimiento administrativo y que se traduce en un acto jurídico que también tiene el carácter de administrativo (Fix-Zamudio).

El recurso administrativo, en suma, es una facultad o derecho esencialmente que se ejercita como acto de impugnación y defensa de un derecho sustancial. En este último sentido, se proclama la consagración, al lado del derecho de petición, de un verdadero derecho al recurso administrativo.

RÉGIMEN JURÍDICO

§1502. Planteamiento general — Al estudiar el régimen de los recursos administrativos, centraremos nuestra atención en el que establece la LOPA. Así, para tratar los principios generales aplicables a las distintas clases de recursos administrativos, nos ceñiremos a los que, bajo la rúbrica "Disposiciones Generales", establece el Título IV, Capítulo II, Sección Primera de la LOPA.

En realidad, a través de dichos principios, se fijan las singularidades del procedimiento administrativo de formación del acto administrativo cuando dicho acto es la decisión de un recurso administrativo. Por ello, para exponerlos, distinguiremos entre: (i) la interposición; (ii) la sustanciación; y por último (iii) la terminación del recurso administrativo.

A. INTERPOSICIÓN

I. REQUISITOS

§1503. Plan — Vamos a examinar los requisitos siguientes: (i) los subjetivos; (ii) los objetivos y, por último, (iii) la actividad del órgano ante el que se interpone el escrito del recurso administrativo y los efectos propios de su interposición.

a. *Subjetivos*

§1504. Órgano administrativo — Vamos a examinar el órgano ante el que se interpone el escrito del recurso administrativo y los efectos propios de su interposición.

El órgano llamado a decidir el recurso administrativo varía según el recurso de que se trata. En los recursos horizontales, concretamente en el recurso de reconsideración, se interpone ante el órgano que ha dictado el acto recurrido, esto es, en definitiva coincide lo que en términos procesales se denomina órgano *a quo* y órgano *ad quem*.

§1505. Interesado — La interposición de un recurso administrativo requiere, por parte de quien lo promueva, tener una aptitud específica que le permita ser parte en el procedimiento administrativo de impugnación. El sujeto que impugna tiene que estar legitima.

En consecuencia, se entiende que hay legitimación cuando existe un interés calificado en el éxito del recurso administrativo, ya porque represente para el recurrente un beneficio material o jurídico efectivo o porque, por el contrario, la persistencia de la situación jurídica creada o que pudiera crear el acto cuestionado habría de originarle un perjuicio.

El recurrente debe, en consecuencia, poseer una legitimación previa, singularizada en la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo; se trata de un requisito que hace a la seriedad inicial del recurso por cuya razón la Administración Pública debe juzgar su cumplimiento, habida cuenta que al resolver el recurso decidirá la cuestión de fondo planteada. Esta interpretación encuentra su fundamentación en el Art. 85 de la LOPA, en cuanto prescribe que los recursos pueden deducirse por los interesados.

Finalmente, debe advertirse, también, que la legitimación para recurrir debe extenderse a aquellos interesados ausentes en el procedimiento administrativo formativo del acto administrativo que se recurre (Art. 23 de la LOPA).

b. *Objetivos*

§1506. Acto administrativo previo — El objeto del recurso administrativo es la pretensión dirigida a obtener la modificación o extinción –con o sin sustitución– del acto administrativo impugnado, sin perjuicio de la facultad de reposición del procedimiento o convalidación de los actos anulables (Art. 90 de la LOPA), por razones de ilegalidad o de inoportunidad (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 29 de abril de 1993, RDP Nº 53/54, p. 217).

Por tanto, es presupuesto esencial para que pueda operar el recurso administrativo, la existencia previa de un acto administrativo, pues precisamente aquel busca sustituir a este por otro distinto. Pero la necesidad de que exista el acto administrativo no significa que este haya de ser expreso, pues, también cabe ejercerlo en su ausencia, en virtud de la teoría del silencio administrativo (Art. 4 de la LOPA).

§1507. Acto administrativo final — En primer lugar, el acto administrativo que se impugna debe ser decisorio o final. Importa, pues, examinar cuáles son dichos actos.

El Art. 85 de la LOPA, no ofrece dificultades especiales, toda vez que deben distinguirse los conceptos diferentes de acto decisorio y acto de trámite. En el primero, se trata de un vicio que afecta al acto administrativo decisorio o final por una infracción de las normas, contrayendo un vicio jurídico o de oportunidad. En el segundo, se trata de una irregularidad del procedimiento que ha de ser reparada para que el acto administrativo decisorio o final,

aun inexistente, tenga en el futuro las condiciones formales que su validez requiere.

§1508. Acto administrativo de trámite — En segundo lugar, el acto administrativo que se impugna puede ser un acto de trámite cualificado. Frente a la irrecurribilidad que constituiría la regla en materia de los actos administrativos de trámite, tiene su excepción en el Art. 85 de la LOPA (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 21 de noviembre de 1994, RDP Nº 59/60, p. 19), en los supuestos siguientes:

- Cuando el acto administrativo de trámite impide la continuación del procedimiento administrativo; es decir, impide que éste llegue a su terminación normal, pues de otro modo la Administración Pública tendría siempre en sus manos el impedir el desarrollo de cualquier impugnación, mediante el cómodo sistema de dictar un acto administrativo de trámite que paralizara indefinidamente el procedimiento administrativo y evitar que se produzca el acto final.
- Cuando el acto administrativo de trámite cause indefensión, cuyo criterio radica que en la posterior y eventual impugnación del acto administrativo final no podría satisfacerse la pretensión del administrado (Véase Sent. Nº 29 del TSJ/SC, de fecha 27 de enero de 2003; Nº 222 del TSJ/SC, de fecha 20 de febrero de 2004; y Nº 393 del TSJ/SC, de fecha 18 de marzo de 2004).
- Y por último, cuando bajo la apariencia de un acto administrativo de trámite se encubre una auténtica decisión que, prejuzgando o calificando el fondo de la cuestión (Véase Sent. Nº 1397 del TSJ/SC, de fecha 7 de agosto de 2001), soslaye el proceso impugnatorio que el recurso administrativo entraña, directa o indirectamente. Por ejemplo, en el supuesto de la ratificación de subsanación de las faltas u omisiones (Art. 50 de la LOPA).

c. *De la actividad*

§1509. Lugar — En cuanto al lugar de presentación del escrito del recurso administrativo, rigen las normas del procedimiento administrativo ordinario tratadas en el Tema 33.

§1510. Tiempo — El plazo para interponer el recurso administrativo varía en cada caso. Para la forma de computarlo rigen los mismos preceptos que en el procedimiento administrativo ordinario del acto en cuestión. Por tanto, si el plazo se señala en días, salvo disposición en contrario, se entiende que estos son hábiles si se señala en días continuos serán días calendario; y si se fija en meses, estos se computarán de fecha a fecha. Si en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente a aquel en que comienza el cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes. Cuando el último día del plazo sea inhábil, el término o plazo respectivo expirará el primer día hábil siguiente (plazo de gracia: art. 42 de la LOPA).

II. PRINCIPIOS

§1511. Principio de paralelismo de forma — Hay un absoluto paralelismo entre los requisitos de la petición administrativa y los del recurso administrativo. En efecto, todo recurso administrativo deberá instaurarse por escrito (Art. 86 de la LOPA) y observarse los extremos exigidos en el Art. 49 de la LOPA. La forma debe ser escrita, por una necesidad de certeza en cuanto al hecho mismo que se ha recurrido y a la fecha en que ello aconteció. También, en este caso, habrá que distinguir entre el contenido esencial y accidental del escrito de interposición del recurso administrativo.

Los requisitos esenciales enunciados se exigen como condición de admisibilidad del recurso administrativo. En efecto, el Art. 86 de la LOPA señala que cuando el escrito de interposición del recurso administrativo no llene los requisitos exigidos, no será admitido, a cuyo efecto la Administración Pública debe dictar una decisión motivada y notificada expresamente al interesado. Por tanto, de no darse dichas circunstancias, no será admisible el recurso administrativo, pero no en el sentido de que pueda ser rechazado *in limine* por el órgano ante el que se presente, sino en el sentido de que la decisión que se dicte declarará la inadmisibilidad del mismo y, por lo tanto, no examinará el fondo del asunto.

§1512. Principio *in dubio pro actione* — El principio o regla general de la interpretación más favorable al ejercicio de los recursos administrativos, se traduce en la necesidad de que la presentación del escrito del recurso administrativo interrumpe el plazo de interposición, aun cuando el escrito se dirija a un órgano incompetente, siempre que el error sea excusable. Esta pauta de respeto por la voluntad e intención del administrado la expresa el Art. 86 de la LOPA, lo que a su vez no hace sino receptar la jurisprudencia que sostuvo que si por error, confusión o ignorancia el recurso administrativo era interpuesto ante una autoridad distinta, tal interposición era válida.

§1513. Principio *solve et repete* — Con relación al principio *solve et repete* o "paga y después reclama" en vía administrativa, este se refiere a la necesidad de que para poder impugnar un acto administrativo que imponga una multa, debe cancelarse la misma (Véase Sent. de la CSJ, de fecha 5 de agosto de 1997, JCSJ, Nº 8/9, p. 117), es de señalar el silencio del texto legal en cuanto al requisito del previo pago, que hay que considerarlo como opuesto al sistema de ideas en que se inspira aquella ley procedimental.

Ello se deduce del Art. 87 de la LOPA, al hacer posible, paralelamente, la interposición del recurso administrativo y la eficacia del acto administrativo impugnado, con lo cual se entiende derogado el principio *solve et repete.*

III. EFECTOS JURÍDICOS

a. *Vía administrativa*

§1514. Ampliación de las potestades de la Administración Pública — La interposición del recurso administrativo otorga al órgano competente para decidirlo, la facultad de revisar el acto administrativo impugnado y ejercer las potestades que consagra el Art. 90 de la LOPA.

En tal sentido, se pronunció la jurisprudencia (Véase Sent. de la CSJ/SPA (428), de fecha 10 de agosto de 1993, caso *José A. Correia*, RDP Nº 55/56, p. 247. En el mismo sentido: CPCA, de fecha 18 de abril de 1985, RDP Nº 22, p. 164; de fecha 31 de agosto de 1989, RDP Nº 39, p. 127).

En este punto, es de mencionar que la jurisprudencia ha procedido a interpretar el alcance de la expresión "modificación" (Véase Sent. de la CSJ/SPA (663), de fecha 4 de octubre de 1994, caso *Rafael Alcántara Van Nathan*, RPD Nº 59/60, p. 209).

§1515. Principio de insuspendibilidad — En este punto la problemática puede resumirse en la siguiente interrogante: El recurso administrativo ¿suspende o no la eficacia de un acto administrativo?

La doctrina tradicional sostiene que, en principio, los recursos administrativos tienen efectos devolutivos, por lo tanto, no suspensivos, siendo facultad del órgano administrativo suspender o no la ejecución del acto administrativo impugnado, fundado todo ello en el carácter ejecutorio y en la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

En efecto, como principio general la interposición de un recurso administrativo no suspende la ejecución del acto recurrido, el cual mantiene todo su valor (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 31 de agosto de 1989, RDP, Nº 39, p. 127). Sin embargo, la doctrina pone de relieve la flagrante contradicción del Art. 87 de la LOPA, pues mientras en su encabezamiento consagra como principio general el carácter no suspensivo de los recursos administrativos, salvo disposición expresa en contrario, la regulación posterior lleva a la suspensión por parte del órgano ante el cual se ejerce el recurso, si se dan las condiciones allí establecidas de modo alternativo, cuales son: (i) la ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado o (ii) que la impugnación se fundamente en la nulidad absoluta del acto. De allí que la suspensión pasa a ser la regla, no la excepción, como lo consagra el encabezamiento de la norma.

Finalmente, el art. 87 de la LOPA, está destinado a regir exclusivamente en los procedimientos administrativos que se regulan y tramitan con arreglo al Derecho orgánico que lo prevé, vale decir, en vía administrativa, no así en

los procedimientos contencioso-administrativos en los que tal posibilidad está presente en la LOJCA.

§1516. Grave perjuicio — Al respecto se observa que el Estado es solvente materialmente, por lo que no cabría hablar de irreparabilidad en el sentido material o económico del término. Es por ello que, por vía de interpretación, ha de entenderse que sean perjuicios de imposible reparación, es decir, aquellos perjuicios que no puedan ser satisfechos pecuniariamente. Además, debe exigirse que los perjuicios invocados sean ciertos y actuales y no eventuales y futuros (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 12 de diciembre de 1988).

§1517. Nulidad absoluta — La Administración Pública está en la obligación de suspender los efectos del acto administrativo cuando se interponen recursos contra un acto administrativo presuntamente afectado de nulidad radical, no obstante que el art. 90 de la LOPA pudiera dar a pensar que tal medida cautelar se caracteriza por su discrecionalidad cuando emplea el vocablo "podrá".

b. *Vía jurisdiccional*

§1518. Régimen — El régimen que contiene la LOPA en concatenación con la LOAP sobre los efectos jurídicos en vía jurisdiccional es el siguiente:

- La regla general es que el interesado puede ocurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin necesidad de agotar la vía administrativa (Sent. del TSJ/SPA, de fecha 7 de julio de 2004, caso *Big Low Center*).
- Si el interesado ha interpuesto los recursos administrativos y estos han sido decididos en sentido distinto al solicitado, puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Art. 93 de la LOPA).
- El interesado también puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando interpuesto el recurso administrativo no se ha producido decisión en el plazo correspondiente (Art. 93 de la LOPA).
- Y por último, la decisión que declara con lugar la demanda de nulidad reemplaza al acto administrativo impugnado, tal como bien afirma la jurisprudencia (Véase Sent. del TSCA/RC, de fecha 15 de enero de 1991, caso *Covedere*, RDP Nº 45, p. 111).

B. SUSTANCIACIÓN

§1519. Planteamiento — La LOPA establece un trámite especial de admisión, en el cual, sin esperar la terminación del procedimiento administrativo recursivo, puedan examinarse los requisitos de admisibilidad. Por tanto, el examen de los mismos y el pronunciamiento tendrá lugar *a limine*. La decisión que recaiga en este sentido deberá ser motivada.

Por otro lado, le son aplicables las mismas consideraciones que se hicieron sobre la etapa de sustanciación en el procedimiento administrativo ordinario.

C. TERMINACIÓN

I. DECISIÓN EXPRESA

§1520. Concepto — Como procedimiento administrativo que es el de los recursos administrativos, le son aplicables los principios estudiados al tratar el procedimiento administrativo ordinario.

§1521. Clases — El acto administrativo que resuelve el recurso puede clasificarse en dos grupos: (i) estimatorio; y (ii) desestimatoria.

§1522. Desestimatorio — El desestimatorio que confirmará el acto administrativo objeto del mismo, cuya eficacia resulta reforzada con la nueva decisión.

§1523. Estimatorio — El estimatorio, en cuyo caso el órgano administrativo declarará la anulación, la modificación o convalidación del acto impugnado u ordenará la reposición del procedimiento, según los casos (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 31 de agosto de 1989). La Administración Pública, a través del recurso jerárquico, puede convalidar o subsanar un vicio –inmotivación– de nulidad relativa del acto recurrido.

El Art. 90 de la LOPA dispone que el órgano competente podrá revocar el acto impugnado. En realidad, se emplea el término revocación, en el sentido amplio de la doctrina y jurisprudencia venezolanas, como privación de efectos de un acto administrativo, pero, según el motivo, estaremos ante la declaración de nulidad o anulación (vicio jurídico de derecho) o revocación (vicio de mérito).

§1524. Notificación — La decisión del recurso administrativo debe ser motivada y notificada al interesado (Art. 86 de la LOPA). En este último punto, la jurisprudencia ha insistido en la obligación de la notificación, con claro fundamento constitucional (Véase Sent. de la CSJ/SPA (230), de fecha 28 de septiembre de 1981, RDP Nº 8, p. 114).

II. PROHIBICIÓN DE LA REFORMA PEYORATIVA

§1525. Concepto — La expresión reforma peyorativa (*reformatio in peius*) alude literalmente al resultado agravatorio que un recurrente sufre en su patrimonio jurídico, en virtud de la modificación del acto administrativo recurrido realizada por el órgano *ad quem*.

En este orden de ideas, el recurso administrativo es una garantía para el administrado. De modo que la decisión del recurso administrativo no podría reconocer menos al recurrente que lo que le reconocía el acto administrativo impugnado. En síntesis: la reforma peyorativa es inadmisible en materia de recursos administrativos, respecto del propio recurrente.

CLASIFICACIÓN

§1526. Plan — El recurso administrativo es una figura que tiene que ser regulada, pues la instauración de una cadena indefinida de impugnaciones llevaría a la imposibilidad de asegurar definitivamente los resultados del procedimiento administrativo, esto es, se opondría a la firmeza del acto administrativo en cuestión.

En tal sentido, el Derecho positivo admite una clasificación de los recursos administrativos así: (i) recurso de reconsideración; (ii) recurso jerárquico: (iii) recurso institucional; y por último (iv) recurso de revisión.

A. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

§1527. Concepto — El concepto de reconsideración es correcto, pues lo cierto es que la actividad del órgano que conoce del recurso administrativo vuelve a considerar los hechos y antecedentes del acto administrativo, a raíz de la impugnación que formula el interesado.

Se trata de un recurso horizontal ordinario, mediante el cual la persona lesionada por un acto administrativo solicita del mismo órgano que lo dictó, para que a la vista del acto administrativo preexistente y caso de estimar que no era válido, lo elimine, modifique o sustituya por contrario imperio.

§1528. Naturaleza jurídica — El recurso de reconsideración resulta potestativo en los casos de actos administrativos que agotan la vía administrativa por emanar del superior jerárquico, por ejemplo, los ministros (art. 90 de la LOPA), o de una autoridad administrativa inferior que tiene según la ley funciones decisorias exclusivas y excluyentes sobre la materia de que se trate.

En este mismo sentido, la jurisprudencia fijó posición (Véase Sent. de La CPCA, de fecha 6 de abril de 1989, caso *Alfredo Vásquez*, RDP Nº 38, p. 121).

§1529. Interposición — El lapso para interponer el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación del acto administrativo impugnado (Art. 94 de la LOPA).

§1530. Decisión — El lapso para resolver el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles, contados a partir de la interposición si el acto administrativo impugnado no pone fin a la vía administrativa, es decir, si no causa estado; o de noventa (90) días si el acto administrativo pone fin a la vía administrativa (art. 91 de la LOPA), tal como lo aclaró la jurisprudencia (véase Sent. de la CPCA de fecha 12 de julio de 1984, RDP Nº 19, p. 152).

B. RECURSO JERÁRQUICO

I. INTRODUCCIÓN

§1531. Concepto — Una de las formas en que se manifiesta el principio de jerarquía administrativa es mediante la potestad jerárquica que ejercen los órganos superiores sobre el comportamiento de los inferiores o sobre sus actos, el cual puede ejercitarse de oficio o a petición del interesado. Dentro de la segunda alternativa, se ubica la figura del recurso administrativo jerárquico.

Se trata de un recurso vertical ordinario, mediante el cual el interesado lesionado por un acto administrativo solicita del órgano superior la modificación o anulación del mismo. El acto recurrible es un acto administrativo que decide no anular o modificar un acto anterior (por ejemplo, el acto administrativo confirmatorio), haya sido pedida o no su reconsideración.

Finalmente, no son impugnables los actos administrativos de órganos inferiores en los casos en que se resuelvan por delegación de un órgano cuyas decisiones pongan fin a la vía administrativa (por ejemplo el ministro), o los de cualquier órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

§1532. Fundamento jurídico — El recurso administrativo jerárquico se funda en el principio de jerarquía administrativa, como manifestación de la potestad de dirección y control que comporta, y que provoca una sustitución *in loco et in jus* del órgano inferior (*órgano a quo*), por el órgano que tiene la superior jerarquía (*órgano ad quem*), a fin de revisar el acto administrativo de aquel que ha sido impugnado, tanto por vicios jurídicos como por vicios de mérito (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 2 de noviembre de 1983, RDP Nº 16, p. 166).

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§1533. Órgano administrativo decisor — Como cuestión previa se debe distinguir entre interposición y presentación del recurso. La primera expresión alude a la aptitud o decisión que adopta el interesado de impugnar el acto administrativo por los medios que la ley le ofrece; la segunda, es la acción material de hacer que el escrito de interposición tenga su entrada en la oficina del órgano de que se trate.

§1534. Interposición — El lapso para interponer el recurso administrativo jerárquico o el recurso institucional, según el Art. 95 de la LOPA, es el de quince (15) días hábiles siguientes y no días continuos (Véase Sent. Nº 512 del TSJ/SC, de fecha 14 de abril de 2005, en RDP Nº 102, p. 112), a la decisión de la reconsideración. El plazo comenzará a computarse a partir de la notificación correspondiente o transcurridos los quince (15) días hábiles previstos en el Art. 94 de la LOPA, sin que el inferior hubiese decidido el recurso de reconsideración.

§1535. Decisión — El lapso para resolver los recursos jerárquicos o el recurso institucional es de noventa (90) días hábiles y no días continuos (Véase Sents. Nº 2045 del TSJ/SPA, de fecha 31 de julio de 2003, caso *RCTV, C.A.*; Nº 2228 del TSJ/SPA, de fecha 20 de septiembre de 2002, caso *Luis Duarte y otros*; y Nº 512 del TSJ/SC, de fecha 14 de abril de 2005, en RDP Nº 102, 2005, p. 112), a partir de su presentación (Art. 90 de la LOPA), transcurridos los cuales puede entenderse desestimado y abrirse la posibilidad de acudir a la vía procedente, que será la contencioso-administrativa, con previo recurso de reconsideración también de carácter potestativo.

C. RECURSO INSTITUCIONAL

§1536. Concepto — Si bien es cierto que la LOPA regula sobre el recurso administrativo jerárquico de forma tal que aparentemente se constituye en uno solo, al punto se advierte la existencia de modalidades procedimentales en su régimen jurídico, lo que en rigor permite sostener que el régimen jurídico no es el mismo en el mal denominado "recurso jerárquico impropio" –puesto que no es jerárquico ni es impropio– sino institucional.

En efecto, el aparte único, del Art. 96 de la LOPA, trae una innovación al consagrar la posibilidad general de que contra un acto administrativo de un superior jerárquico de un instituto autónomo se pueda intentar –hoy con carácter facultativo– un recurso institucional para ante el ministro de adscripción, salvo disposición contraria de la ley, tal como lo ha ratificado la jurisprudencia (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 22 de febrero de 1985, caso *Carmen Lucía Flores, RDP* Nº 21, p. 138), al señalar:

Así, la LOPA ha venido a sentar el principio general de la posibilidad del recurso administrativo institucional o externo contra los actos de los institutos autónomos, el cual no es aplicable a las universidades nacionales, sean estas experimentales o no (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 22 de julio de 1987, RDP Nº 31, p. 72).

§1537. Motivos — La consagración del recurso institucional plantea, en primer término que, de ser el carácter de los recursos no solo contralor de

la legalidad, sino también del mérito, entonces sería también admisible alegar, en el recurso administrativo institucional, motivos de oportunidad y conveniencia.

En este sentido, hay que pronunciarse por la afirmativa sobre la base de que la misión del control de tutela es doble: mantener la legalidad en sentido amplio –de la cual forma parte la oportunidad– en el obrar de los órganos administrativos y lograr la máxima eficacia en la actividad administrativa *latu sensu*. En consecuencia, el órgano de adscripción ostenta los mismos amplios poderes de revisión de todos los aspectos, de legalidad y mérito (efecto devolutivo) de la decisión impugnada.

§1538. Impugnación — El otro problema que levanta el recurso institucional, es la determinación del acto administrativo que va a ser objeto de la impugnación en la vía judicial, y que habrá de ser el que emana del instituto autónomo (Araujo-Juárez).

D. RECURSO DE REVISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

§1539. Concepto — Es un recurso vertical, en grado supremo, de carácter excepcional o medio extraordinario (Véase Sent. Nº 61 del TSJ/SE (61), de fecha 14 de junio de 2000, RDP Nº 82, p. 445), por motivos trascendentes al acto administrativo firme recurrido, que afecta a la llamada autoridad de la cosa decidida administrativa y que tiene el carácter más bien de una acción impugnativa autónoma. No es necesario –para la procedencia de este recurso– que el acto administrativo cause estado, basta que sea firme.

§1540. Fundamento jurídico — Aunque supone una excepción a los efectos típicos de la firmeza de los actos administrativos, hay que estimar plenamente justificado este recurso, pues dentro de los tasados motivos que lo amparan, habría que dudar de la justicia de la decisión administrativa, por lo que en tales circunstancias conviene sacrificar el principio de la seguridad jurídica.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

§1541. Órgano administrativo decisor — El recurso de revisión podrá intentarse, según el Art. 97 de la LOPA, ante el "Ministerio respectivo". En lo referente a esto, se señala que con ello se debe considerar que en la Administración Pública Central es el titular del despacho y, en el caso de los institutos autónomos es el Ministerio de adscripción.

§1542. Causales — El Art. 97 de la LOPA señala tres causales taxativas y, por ende, de restrictiva interpretación (Véase Sent. Nº 61 del TSJ/SE (61), de fecha 14 de junio de 2000, RDP Nº 82, p. 445), en las cuales puede fundarse la revisión de oficio:

- Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente. La procedencia de la revisión requiere el cumplimiento de los extremos siguientes: que se trate de una prueba suficiente; que la misma fuese esencial, esto es, de singular importancia para la decisión del asunto y que no se haya tenido en cuenta al momento de emitir el acto, pues apareció posteriormente (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 1 de agosto de 1990, *RDP* Nº 43, p. 75).
- Cuando en la decisión hubieren influido, en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme.
- Cuando la decisión hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado también firme, mediante sentencia judicial.

§1543. Plazos — El lapso para la interposición del recurso administrativo de revisión es dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de la sentencia (Art. 97, ords. 2º y 3º de la LOPA) o dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de haberse tenido noticia de la existencia de las pruebas esenciales (Art. 97, ord. 1º de la LOPA).

El lapso para la decisión del recurso de revisión es de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación (Art. 99 de la LOPA). Si no se decide opera el silencio administrativo (Art. 4 de la LOPA), cuyo estudio haremos en el Tema 36.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

A. ANTECEDENTES

§1544. Concepto — El principal efecto jurídico de la interposición de los facultativos recursos administrativos formalizados, es el agotamiento de la vía administrativa. Por agotamiento de la vía administrativa se entiende la presentación en tiempo y forma de los recursos administrativos pertinentes, obteniendo así el pronunciamiento definitivamente firme de la Administración Pública. En contra de este acto administrativo, de no prosperar la vía administrativa, procede iniciar la demanda de nulidad.

El agotamiento de la vía administrativa obliga y faculta, según el Ordenamiento jurídico, a la interposición de la demanda de nulidad pertinente, permitiendo a la autoridad competente o al superior jerárquico, e incluso a

quien ejerce los poderes de tutela si así está legalmente previsto, revisar en vía administrativa su decisión, antes de que esta ingrese al control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

§1545. Teoría tradicional — En Derecho positivo existía una larga tradición del mencionado agotamiento de la vía administrativa, es decir, el ejercicio de los recursos administrativos establecidos por la ley, en virtud de los cuales los interesados podían, en las oportunidades y según los requisitos establecidos, solicitar de la Administración Pública la revisión de sus propios actos administrativos. La necesidad de agotamiento de la vía administrativa fue materialmente una creación tradicionalmente sostenida por la jurisprudencia administrativa de la antigua Corte Federal y de Casación. Antes de acudir a los tribunales para impugnar los actos administrativos, se obligaba a los interesados a intentar resolver, de manera previa, el conflicto ante los órganos o entes públicos. En este sentido, la LOPA contempla los clásicos recursos administrativos recién estudiados. A uno y otro se les hubo atribuido, tradicionalmente, carácter preceptivo, convirtiéndose en una causa de inadmisibilidad de la demanda de nulidad el no haber cumplido con su presentación, bajo la vigencia de la derogada LOCSJ.

§1546. Teoría revisionista — La doctrina contemporánea hubo criticado la inutilidad del régimen de los recursos administrativos, carente de toda explicación (Santamaría Pastor).

Si bien hoy día no faltan autores que insisten sobre las ventajas que presentan, tanto para las personas como para el Juez administrativo el ejercicio de un recurso administrativo previo, es también cierto que se han visto desmentidas en la práctica, lo cual indujo a otro sector de la doctrina por postular, cuando no la desaparición de los recursos administrativos, al menos una reforma radical de los mismos, propugnando en tal sentido su conversión en potestativos para el interesado, o su acotamiento obligatorio a supuestos excepcionales, y cuando menos, la simplificación del régimen de los recursos administrativos mediante su unificación en uno solo (García de Enterría).

B. DERECHO POSITIVO

§1547. LOAP — Cuando se promulgó la nueva LOAP se discutió ampliamente sobre el régimen obligatorio o potestativo de los recursos administrativos. La doctrina venía solicitando desde muy atrás, el carácter meramente potestativo, dejando en manos del interesado la opción de interponerlos o no. En general se consideraba la reducida dimensión de las estimaciones de los recursos administrativos al punto que les consta en forma rayana en la práctica certeza que van a tener un resultado desestimatorio, así que la

obligación de interponerlos suponía muchas veces un retraso injustificado en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, verdadera garantía de la protección de los derechos de las personas frente a las arbitrariedades de la Administración Pública.

§1548. Jurisprudencia — En este orden de ideas, la jurisprudencia de la CPCA, bajo la vigencia de la derogada LOCSJ y en vigor la Constitución de 1999, en atención a la interpretación concordada del Preámbulo y varios artículos de esta, señaló que el agotamiento de la vía administrativa no era necesario para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, desaplicando por la vía del control difuso, los Arts. 92 y 93 de la LOPA y 124, ord. 2 de la derogada LOCSJ. Por su parte, el TSJ/SPA pronunció una sentencia fijando la doctrina que el uso de la vía administrativa no correspondía al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio de la persona para ventilar el conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional, por lo que no vulneraba en modo alguno ningún precepto constitucional.

Posteriormente, el TSJ/SC con fundamento en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, señaló que debía ser el legislador sobre la materia contencioso-administrativa quien habría de eliminar, la utilización obligatoria de la vía administrativa y establecerla como una opción, y que hasta tanto sea promulgada la ley de la materia declarara la inconstitucionalidad del art. 124, num. 2 de la LOCSJ, esta disposición mantenía su vigencia.

§1549. Legislación — Por otro lado, la solución legislativa dada en la LOAP de 2001 fue altamente insatisfactoria y, por ello, muy criticada por la doctrina. En efecto, el Art. 7, num. 9 *eiusdem* consagró la no obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa y, por ende, el carácter potestativo de los recursos administrativos. Sin embargo, al mismo tiempo, la Disposición Transitoria Séptima *eiusdem* dispuso que tal disposición solo entraría en vigencia cuando, a su vez, se promulgara y entrara en vigencia la ley orgánica que regulara la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por su parte, la LOTSJ de 2004, al regular las causales de inadmisibilidad, eliminó la causal contentiva del carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa. En este orden de ideas, el TSJ/SC al conocer de un recurso de revisión de una decisión TSJ/SPA, señaló que por cuanto la nueva LOTSJ eliminó el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa, y en garantía del principio *pro actione*, sentó el criterio en cuanto a que el mismo era opcional para el recurrente (Véase Sent. del TSJ/SC, del 16 de diciembre de 2004).

Finalmente, dando la razón en parte a las críticas doctrinales, en la posterior reforma de la LOAP de 2008, al eliminarse la Disposición Transitoria Séptima, se reintroduce el agotamiento de la vía administrativa con el carácter meramente potestativo, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República o también denominado "antejuicio administrativo".

En consecuencia, el Derecho positivo establece que el sistema de recursos administrativos es de naturaleza potestativa. Con ello la impugnación por la vía administrativa y la impugnación por la vía judicial es alternativa, y descansa en la iniciativa del interesado que puede optar en una o la otra, y sólo si opta por la impugnación en vía administrativa en el tiempo hábil, sucesivamente después le cabe proceder a la impugnación en vía jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Brewer-Carías, A. R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Col. Estudios Jurídicos Nº 6, EJV, Caracas, 2003; Fix-Zamudio, H., "Introducción al estudio de los recursos administrativos", en *Estudios de Derecho Público Contemporáneo,* México, 1972; García De Enterría, *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Martín Mateo, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 23ª. Ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004; Rachadel, M., "Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *Procedimiento Administrativo,* IDP, Caracas, Vol. IV, 1983; Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General,* T. II, IUSTEL, Madrid, 2004.

Tema 36. Silencio Administrativo

Sumario: TEORÍA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: Introducción. CLASIFICACIÓN: Silencio negativo. Silencio positivo.

TEORÍA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

A. INTRODUCCIÓN

I. CONSAGRACIÓN LEGAL

§1550. Planteamiento general — El Art. 4 de la LOPA por primera vez acoge con carácter general la doctrina del silencio administrativo. No se refiere este precepto únicamente al silencio administrativo como previo a la vía procesal (LOCSJ), sino al silencio con carácter general.

Ahora bien, frente al trámite ya de la solicitud o del recurso administrativo, la Administración Pública puede adoptar una de estas conductas:

- Que resuelva la solicitud administrativa (Art. 62 de la *LOPA*) o el recurso administrativo (art. 89 de la *LOPA*), con una decisión expresa.
- Que producida la decisión, obstruya su firmeza, impidiendo la interposición de los recursos administrativos.
- Que ante la solicitud administrativa o el recurso administrativo, no decida en forma expresa.

§1551. Concepto — Frente al último caso mencionado se produce la figura denominada silencio administrativo, la cual se dirige a corregir lo que se llamó la "irresistible inclinación de la Administración a no contestar", inclinación tan generalizada que hizo necesaria su regulación (Pi y Suñer).

En tal sentido, el silencio administrativo viene a constituir un remedio jurídico sobre la posible infracción de un deber legal que pesa sobre la Administración Pública: dar respuesta a las pretensiones de los interesados, bien en forma afirmativa o en forma negativa, pero decidir siempre.

De ahí que debamos analizar la teoría del silencio administrativo desde el prisma procedimental, sirviéndonos de la figura del siguiente silogismo, así:

- La premisa mayor: el deber legal de la Administración Pública de resolver las solicitudes administrativas o el recurso administrativo que se le dirijan.
- La premisa menor: el incumplimiento por abstención de la Administración Pública de tal deber.

- La conclusión: la reacción del Ordenamiento jurídico ante tal incumplimiento.

II. DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE RESOLVER

§1552. Deber legal de resolver — La Administración Pública, por elementales principios constitucional y legalmente consagrados en el Derecho positivo tiene el deber jurídico de resolver expresamente los asuntos que frente a ella se susciten (Arts. 51 de la C y 2 de la LOPA) (Véase Sent. de la CSCA, de fecha 17 de diciembre de 2007, en RDP Nº 112, 2007, p. 550). Este deber está expresamente previsto, tanto para las solicitudes administrativas que ante ella se deduzcan (Arts. 2 y 5 de la LOPA), como para los recursos administrativos (Art. 89 de la LOPA). Por tanto, puede afirmarse que dicho deber informa plenamente la relación jurídico-procedimental (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 21 de abril de 1988, caso *Nelly M. Parilli*, RDP Nº 34, p. 123).

§1553. Límites temporales — Pero, además, no se trata de resolver en cualquier momento, sino dentro de los límites temporales que en cada caso se fijan para hacerlo, pues los plazos son obligatorios, tanto para la Administración Pública como para los interesados (Art. 41 de la LOPA). Una vez transcurrido el plazo fijado por la ley para decidir; a partir de ese momento queda configurado el incumplimiento.

Y es que cuando adopta una posición de silencio ante una pretensión ante ella dirigida es la “comisión”, por omisión o abstención, de una infracción del Ordenamiento jurídico. El silencio aparece como el incumplimiento; es, ante todo, una infracción por abstención (art. 3 de la LOPA).

§1554. Reacción jurídica — Se dice que hay demora o retardo administrativo, en general, cuando la Administración Pública no resuelve expresamente una solicitud, recurso o reclamación interpuestos por un administrado o también, si dictada la decisión no la ha notificado, lo cual origina la reacción del Ordenamiento jurídico ante tal incumplimiento, así: (i) silencio administrativo negativo y (ii) silencio administrativo positivo.

El incumplimiento de la obligación legal de decidir constituye, ciertamente, un supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración Pública, con las consecuencias que pueda también comportar en el ámbito de la responsabilidad administrativa.

B. NATURALEZA JURÍDICA

§1555. Plan — La naturaleza jurídica del silencio administrativo negativo ha desencadenado una abundante literatura, cuyo análisis trasciende la simple especulación intelectual, cuyas tesis podemos reducir a cuatro: (i) hecho ad-

ministrativo; (ii) acto administrativo; (iii) simple ficción legal; y por último (iv) presunción legal.

I. HECHO ADMINISTRATIVO

§1556. Hecho administrativo — La primera corriente doctrinaria afirma que mediando el silencio, resulta absurdo cualquier intento de interpretar la voluntad de la Administración Pública. Mal puede interpretarse la voluntad administrativa, cuando lo que falta, precisamente, es esta voluntad.

Desde este punto de vista, el silencio administrativo es considerado como un hecho, para significar precisamente que lo que falta en el silencio, es una manifestación o declaración de voluntad administrativa, a la que la ley otorga efectos jurídicos (Baena Del Alcázar, Diez).

II. ACTO ADMINISTRATIVO

§1557. Planteamiento — Dada la naturaleza revisora que se asigna de ordinario al control jurisdiccional, en una primera etapa se caracteriza el silencio administrativo como un verdadero acto administrativo, a los fines de cumplir la exigencia de que la intervención judicial ha de supeditarse a un acto previo, con efectos no solo procesales de apertura de la vía jurisdiccional, sino también jurídico materiales.

Una de las innumerables clasificaciones que del acto administrativo se han hecho es la que distingue entre el acto expreso, tácito y presunto. En el primero la declaración de voluntad, juicio, deseo, etc., tiene lugar por medio de la palabra oral o escrita. En el segundo, la manifestación tiene lugar a través de una conducta administrativa, de la que se deduce la voluntad del órgano que la realiza. Por último, en el acto presunto no existe ni una declaración ni una conducta que permita interpretar la voluntad administrativa, pero la ley, por ciertas circunstancias externas fácilmente comprobables, presume en tal caso la existencia de determinada voluntad administrativa.

§1558. Acto administrativo tácito — Según esta postura, un simple hecho (transcurso del tiempo), puramente formal y objetivo, comporta la aparición de un acto administrativo tácito o implícito; no hay disociación entre el hecho y el acto: el acto resulta del hecho (Delvolvé).

Así tenemos que para algunos autores, cuando la Administración Pública no resuelve expresamente una solicitud o un recurso administrativo dentro de los plazos fijados para hacerlo, su demora debe interpretarse como denegación y, por ende, se trataría de un acto administrativo negativo equivalente a una manifestación tácita de voluntad (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 6 de junio de 1988 caso *Lily Stojanovic de Casas,* RDP Nº 35, p. 91); esto es, un

acto denegatorio tácito (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 1 de febrero de 1990 caso *Giorgio Armani,* RDP Nº 41, p. 80; de fecha 31 de mayo de 1990, caso *Armando Hernández,* G, RDP Nº 42, p. 80; de fecha 7 de diciembre de 1994, RDP Nº 59/60, p. 188; 24 de enero de 1996, JCSJ, Nº 1, de fecha 30 de enero de 1997, JCSJ, Nº 1, p. 78).

§1559. Acto administrativo presunto — También se sostiene que la figura del silencio administrativo encuentra su explicación en la teoría de los actos presuntos. En esos casos el Ordenamiento jurídico presumiría la existencia de un acto (Martín Mateo, Alessi).

Las tesis mencionadas parecen encontrar su fundamento en la naturaleza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Si ésta es revisora de los actos administrativos, cuando ellos fallan como consecuencia de la actividad silente de la Administración, resulta a primera vista ineludible equiparar ese silencio a un verdadero acto para, de esa manera, posibilitar el acceso a ella.

Se puede objetar que cuando hay silencio administrativo no se presume que haya actuado la Administración Pública; por el contrario, se sabe fehacientemente que no lo ha hecho. Lo que ocurre es que, aun así, el interesado queda facultado para ocurrir a la vía recursiva, administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.

III. FICCIÓN LEGAL

§1560. Planteamiento — La doctrina nacional dominante y la jurisprudencia (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 20 de diciembre de 2006, en RDP Nº 108, p. 158) proclaman que el silencio administrativo no es otra cosa que una ficción legal que abre la posibilidad de una impugnación ulterior del acto administrativo que la Administración Pública debió dictar y no lo hizo.

§1561. Efectos — Se trataría de una ficción legal que tiene efectos puramente procedimentales o procesales, como una respuesta negativa (silencio negativo) o positiva (silencio positivo) (Véase Sent. Nº 6064 del TSJ/SPA, de fecha 2 de noviembre de 2005, RDP Nº 104, p. 158), como un simple arbitrio técnico concebido por el legislador para posibilitar el acceso a otra instancia revisora –administrativa o judicial– de actos, cuando media la inercia procedimental de la Administración Pública (García de Enterría, González Pérez), a favor del derecho al acceso a la justicia y a la defensa del administrado (Véase Sent. Nº 1213 del TSJ/SPA, de fecha 30 de mayo de 2000, en RDP Nº 82, p. 408).

IV. PRESUNCIÓN JURÍDICA

§1562. Planteamiento — Por último, se menciona que el Art. 4 de la LOPA dispone que el llamado silencio administrativo debe ser considerado con carácter general, como "resuelto negativamente" lo que se ha solicitado. Esta disposición no crea "la denegación tácita", como erróneamente se ha comentado, sino establece un instituto por el cual –ante la abstención de pronunciamiento del órgano competente– se debe presumir que se ha rechazado la solicitud o recurso administrativo.

§1563. Concepto — La LOPA preceptúa una garantía jurídica en beneficio del administrado y no de la Administración Pública (Véase Sent. de la CPCA, de fecha 30 de septiembre de 1982, RDP Nº 12, p. 122), una presunción legal inducida para que el interesado pueda hallar amparo en la vía administrativa o en la vía jurisdiccional. Repetimos, no crea ninguna denegación, sino que establece una inducción legal, mejor dicho, una presunción legal de que aquella ha acontecido. La LOPA dice que se considerará que la Administración Pública ha resuelto negativamente, pero no dice que queda desestimada por el vencimiento del término. Si esto es así, queda a juicio del interesado intentar el recurso siguiente, salvo disposición legal en contrario (Art. 4 de la LOPA).

La expresión "se considerará" que utiliza la LOPA es correcta, pues recién comienza a inducirse por interpretación la presencia de lo que significa la presunción jurídica de la abstención de pronunciamiento, a los solos efectos procedimentales o procesales y, dentro de estos, únicamente los relativos a la apertura de los oportunos recursos administrativos o jurisdiccionales, según sea el caso, que constituye el origen mismo de la institución, pues, como acertadamente rectificó la jurisprudencia, "el silencio no es en sí mismo un acto sino una abstención de pronunciamiento" (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de junio de 1982, caso *Ford Motors de Venezuela,* RDP Nº 11, p. 150), con valor procesal (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 9 de mayo de 1988, RDP Nº 34, p. 125) y, entre otros, el de considerar agotada la vía administrativa para acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 1 de febrero de 1990).

§1564. Garantía — Por último, en una sentencia de principios la jurisprudencia acoge definitivamente el criterio de que el silencio administrativo es una garantía de defensa para el administrado, un "beneficio o derecho" y no una "carga o sanción" (Véase Sents. de la CSJ/SPA, de fecha 22 de junio de 1982, caso *Ford Motors de Venezuela*, RDP Nº 11, p. 150. En el mismo sentido: CSJ/SPA, de fecha 22 de junio de 1982, caso *Ford Motors de Venezuela*, RDP Nº 11, p. 150; CSJ/SPA, de fecha 11 de agosto de 1983, caso *Inversiones Bedal, C.A.*, GF Nº 121, Vol. I, p. 313; de fecha 6 de febrero de 1986, caso *Industrias*

Pampero, GF Nº 131, Vol. I, p. 93; de fecha 21 de abril de 1988, caso *Nelly María Parilli Araujo*, GF Nº 140, Vol. I, p. 132; de fecha 9 de mayo de 1988, caso *REDIMAQ*, RDP Nº 34, p. 125 y otras).

CLASIFICACIÓN

§1565. Plan — La doctrina y la jurisprudencia nacional (Véase Sent. Nº 6064 del TSJ/SPA, de fecha 2 de noviembre de 2005, en RDP Nº 104, 2005, p. 158) han consagrado como garantía para el administrado, la posibilidad de considerar el silencio de la Administración Pública como: (i) una respuesta negativa (silencio negativo); o (ii) como una respuesta positiva (silencio positivo), en función de los efectos, que analizaremos a continuación.

A. SILENCIO NEGATIVO

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§1566. Concepto — El silencio negativo puede producirse, tanto en el procedimiento en vía de instancia (sustantivo) como en el procedimiento en vía de recurso (formal) (J. Vidal Perdomo). Esta es una clasificación fundada en la categoría del procedimiento administrativo. La diferencia esencial consiste en que en el primer caso no existe ningún acto administrativo, mientras que en el segundo, sí. Cuando el silencio negativo se produce en vía de recurso administrativo, no se puede válidamente decir que no existe acto previo. En tal caso, la técnica del silencio opera como un mecanismo que agota la instancia administrativa.

§1567. En vía de instancia — Este caso viene regulado en el Art. 4 de la LOPA, al definir que en los casos en que un órgano no resolviere un asunto dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente. De dicha regulación podemos destacar los siguientes puntos:

§1568. Alcance del vocablo asunto — El primer presupuesto del silencio administrativo es que se formule ante la Administración Pública una solicitud administrativa, un recurso administrativo, una reclamación previa o un antejuicio administrativo.

§1569. Falta de decisión o de notificación — El Art. 4 de la LOPA señala que opera el silencio cuando la Administración no "resolviere" el asunto o recurso. Por tanto, ¿qué acontece cuando ha recaído la decisión, pero no ha sido notificada al interesado? Creemos, no obstante lo dispuesto en la letra de la Ley, que en tales casos también se da el supuesto de hecho previsto en la norma.

§1570. Carácter no automático — La LOPA, a diferencia de lo que acontece en el Derecho comparado, no establece que sea preciso realizar un recordatorio a la Administración Pública: la llamada "denuncia de mora". Sin embargo, la presunción jurídica no se produce automáticamente, sino cuando el interesado revele inequívocamente su voluntad de aplicarla. De ahí que, de conformidad con el mencionado Art. 4 de la LOPA, el silencio administrativo negativo no se produce de modo automático. Por tanto, el transcurso del plazo legal es un mero presupuesto temporal. La presunción legal que la norma establece solo produce sus efectos a partir del cumplimiento del plazo general o especialmente señalado por la ley.

Finalmente, si la ausencia de decisión no se debe a la falta de la propia Administración Pública, que es el supuesto indispensable para que pueda operar el silencio administrativo, sino que tiene como única causa la inadecuada actuación procedimental realizada por el propio interesado, por ejemplo, no haber atendido un requerimiento de aportación de datos complementarios esenciales, no tiene lugar el nacimiento de la institución.

II. EFECTOS JURÍDICOS

§1571. Procedimentales — Una vez introducida la solicitud, la LOPA prevé un plazo de veinte (20) días (Art. 5) o de cuatro (4) meses o máximo seis (6) meses (Art. 60), respectivamente, transcurridos los cuales se producen los efectos del silencio administrativo. ¿Cuáles son esos efectos? Ellos pueden ser de dos puntos de vista: (i) el interesado; y (ii) la Administración Pública.

§1572. Interesado — El interesado podrá interponer el recurso que proceda (Art. 4 de la LOPA), bien administrativo –reconsideración: Art. 94 de la LOPA– o bien jurisdiccional –decisiones de única instancia–; o, facultativamente, esperar la decisión expresa de la solicitud administrativa. En efecto, el mencionado precepto concede opción para considerar desestimada la solicitud, al efecto de formular el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, o esperar que se produzca la decisión expresa.

§1573. Administración Pública — El problema más importante responde a esta cuestión: ¿Hasta cuándo mantiene la Administración Pública la competencia para decidir?

Si bien es cierto que el hecho de que se haya producido el silencio administrativo no excluye el deber legal de dictar una decisión, las decisiones tardías tienen un término final: aquel en que se envíe el expediente administrativo en vía de remisión al órgano administrativo a quien corresponde resolver, pues el envío del mismo supone, al menos de hecho, la pérdida de competencia sobre el asunto, ya que, en frase de Garrido Falla, a la Admi-

nistración Pública le debe estar vedado resolver de memoria (en el mismo sentido: Villar Palasi).

§1574. Recurso administrativo — El silencio administrativo en vía de recurso viene igualmente regulado en el Art. 4 de la LOPA, al señalar que en los casos en que un órgano no resolviere un recurso administrativo se considerará que opera, de manera general la denegatoria del mismo (Véase Sent. Nº 727 del TSJ/SC, de fecha 8 de abril de 2003, en RDP Nº 93-96, p. 142), y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario.

III. DECISIÓN TARDÍA

§1575. Planteamiento general — Si la Administración Pública tiene el deber legal de resolver expresamente las pretensiones deducidas, mal puede admitirse que pueda concluir con un procedimiento no resolviendo nada. El silencio no excluye la obligación de resolver que pesa sobre la Administración Pública (Véase Sent. Nº 1911 del TSJ/SC, de fecha 7 de noviembre de 2006, en RDP Nº 108, p. 92), ni imposibilita el ejercicio del derecho para obtener una decisión expresa, por ejemplo, acudiendo a otros dispositivos de la ley, como el reclamo administrativo o queja.

§1576. Concepto — Con motivo del silencio administrativo puede presentarse que la autoridad dicte una decisión expresa desestimatoria y tardía. La primera situación es cuando no se instauró el recurso administrativo respectivo. En este caso comienza a correr el plazo para recurrir desde la notificación del acto administrativo expreso. La segunda se refiere al caso de que el interesado interpuso el recurso a raíz del silencio. Aquí, el interesado puede continuar su recurso administrativo y dar cuenta al superior jerárquico como hecho nuevo de la denegatoria expresa; o puede iniciar un nuevo recurso administrativo, dentro del plazo, impugnando el acto administrativo expreso y pedir que se acumule el expediente administrativo ya iniciado al segundo.

Pero también puede acontecer que la decisión tardía sea estimatoria de la pretensión del interesado. En tales casos, la autoridad administrativa jerárquica o el órgano jurisdiccional, en su caso, no tendrá materia sobre la cual decidir y deberá dar por terminado el procedimiento o proceso administrativo, respectivamente.

B. SILENCIO POSITIVO

I. RÉGIMEN JURÍDICO

§1577. Concepto — El silencio administrativo positivo consiste en interpretar, por ministerio de la ley, que la pretensión interpuesta ante la Adminis-

tración Pública se presume resuelto favorablemente por haber transcurrido el plazo legal para la decisión administrativa del caso. El silencio administrativo positivo opera, en principio, solo con las solicitudes administrativas.

El silencio administrativo de efectos positivos ha sido establecido para darle agilidad y flexibilidad a la actividad de policía que en determinados materias realiza la Administración Pública y constituye una garantía del interesado, pues conduce a la posibilidad efectiva de realizar actividades que deben ser fiscalizadas por la Administración Pública, siempre que para ello exista texto legal expreso (Véase Sent. Nº 1217 del TSJ/SPA, de fecha 11 de julio de 2007, en RDP Nº 111, p. 206).

§1578. Requisitos — La doctrina señala que el silencio positivo opera si se dan los requisitos siguientes:

- Que una disposición legal expresa lo establezca, sin que valgan interpretaciones por vía analógica o extensiva. Sin embargo, la jurisprudencia luego de haber acudido a la aplicación supletoria de normas que consagran el silencio positivo, en materia urbanística (con ocasión de la derogada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (véanse Sents. de la CPCA, de fecha 4 de febrero de 1993, caso *Mario Shlsinger,* RDP Nº 53/54, p. 186, y otras más), procedió más tarde a una rectificación del criterio (Véase Sents. CPCA (2907), de fecha 13 de diciembre de 1999, JRG, t. CLX, pp. 200 y ss.; y CPCA, de fecha 11 de noviembre de 2004, RDP Nº 99-100, p. 219).
- Y cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de policía administrativa que han sido impuestas para el ejercicio de los derechos de las personas.

II. DECISIÓN TARDÍA

§1579. Planteamiento general — El problema que se plantea, en estos casos es el siguiente: ¿Puede la Administración Pública silente, una vez transcurrido el plazo en que debió dictar su decisión, decidir válidamente en el asunto que ha sido solucionado afirmativamente por virtud del silencio administrativo?

El principal efecto es el relativo a la aceptación de la pretensión interpuesta por el interesado, lo cual constituye, a su vez, un límite al ejercicio de la actividad administrativa ulterior. En efecto, el ejercicio de la potestad revisora de oficio se encuentra subordinada a la concurrencia de las condiciones bajo las cuales la misma es autorizada por la LOPA.

§1580. Limitación — La Administración Pública no puede dictar con posterioridad al plazo del efecto positivo del silencio administrativo, un acto administrativo expreso que modifique los derechos de los administrados,

pues las situaciones jurídicas creadas al amparo del silencio administrativo positivo, gozan de idéntica garantía de estabilidad y permanencia como si hubieren sido otorgados de modo expreso. Empero, los actos propios no vinculan, entre otros casos, cuando lo que resulta concedido es de imposible realización jurídica con arreglo a la ley, según el Art. 19, num. 2 de la LOPA.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo,* Paredes Editores, Caracas, 2010; Diez, M. M., *Derecho administrativo,* Vol. I, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1974; García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo,* T. II, 12ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo,* Vol. 1, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2002; González Pérez, J., *Manual de Procedimiento Administrativo,* Civitas, Madrid, 2000; Villar Palasi, J. L., *Apuntes de Derecho Administrativo,* Vol. II, Madrid, 1986.

LECCIÓN 11. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Tema 37. Concepto

Sumario: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO: Antecedentes. Estado actual. BASES CONSTITUCIONALES: Antecedentes. Sistema de responsabilidad patrimonial del Estado RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: Introducción. Régimen jurídico.

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

A. ANTECEDENTES

§1581. Planteamiento general — La Administración Pública puede, con ocasión de la actividad que tiene encomendada, causar daños a las personas. Ahora todo daño debe comportar reparación, cualquiera fuere la persona causante. Sin embargo, la admisibilidad de un Estado responsable tal como se lo concibe en el presente supuso un proceso histórico-jurídico de lenta elaboración. El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado se impone lentamente a partir de finales del Siglo XIX. En efecto, superada la idea de irresponsabilidad absoluta, que regía en sus comienzos, la actuación del Estado, en razón del presunto carácter irreconciliable entre una concepción absoluta de la soberanía –que podía imponerse sin compensación a las personas– y la responsabilidad, la responsabilidad patrimonial del Estado inicialmente se condicionó a un sistema de autorización previa y después a la naturaleza del acto cumplido por las autoridades administrativas, según fuese un acto de imperio o de autoridad, o simplemente un acto de gestión.

Sobre la base de la mencionada distinción de los actos del Estado se sostenía que si este procedía como Poder Público no incurría en responsabilidad alguna, fuere cual fuere el daño causado a las personas ; si el acto, por el contrario, era un acto de gestión, otras eran las consecuencias que derivaban para el Estado, ya que ejecutado por este en su supuesto carácter de persona de Derecho privado, su situación es semejante a la de la persona, es decir, responde por los daños causados a las personas y cosas.

§1582. Génesis — El origen del principio de la responsabilidad del Estado se ubica en Francia, especialmente a partir del mencionado célebre fallo Blanco emanado del Tribunal de Conflictos francés, donde se dejó establecido que la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por los daños causados

a las personas por el hecho de los funcionarios públicos que emplea en la Administración Pública, no puede estar regida por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que la responsabilidad no es general ni absoluta: y que ella tiene sus propias reglas que varían según las necesidades del servicio, o como señala la jurisprudencia en nuestro país, con base en principios radicalmente diferentes de los que rigen en el plano del Derecho privado (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 5 de febrero de 1964, JREE, p. 52).

B. ESTADO ACTUAL

§1583. Aportes — Los aportes del fallo Blanco al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado son fundamentalmente los siguientes:

- La responsabilidad que puede corresponder al Estado no es ni general ni absoluta.
- La responsabilidad del Estado no se rige por las normas del Código Civil.
- La responsabilidad del Estado se rige por unas reglas especiales que dicta el propio Consejo de Estado, dependiendo en cada caso concreto de la necesaria conciliación entre el interés general y el interés particular que se pudiera ver afectado por el ejercicio de la función administrativa.

§1584. Evolución — La evolución del principio de responsabilidad administrativa a partir del fallo Blanco está caracterizada por:

- Una extensión del ámbito de la responsabilidad administrativa
- Una precisión cada vez más grande bajo el amparo de la responsabilidad por falta de la Administración Pública, o de sus funcionarios públicos
- Una mejora de la indemnización consentida a las víctimas
- La admisión del principio de la responsabilidad sin falta

En definitiva, en la actualidad no existen dudas sobre la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que no sin razón la doctrina francesa (Hauriou) consideraba a la responsabilidad del Estado como uno de los dos pilares fundamentales del Derecho administrativo, cuando afirmaba acerca de la Administración Pública lo siguiente: “Que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”. El resultado es, como para la legalidad, el reforzamiento de la protección de las personas frente a la Administración Pública.

BASES CONSTITUCIONALES

A. ANTECEDENTES

§1585. Origen — El reconocimiento de la responsabilidad del Estado se remonta a la Constitución de Venezuela de 1830, la cual fue una de las primeras en hacerlo, aunque de forma muy genérica y limitada. Dicha Constitución declaró que el gobierno de Venezuela sería siempre republicano, popular, representativo, alternativo y sobre todo responsable.

Por su parte, una de las Constituciones venezolanas que más años de vigencia ha tenido en el Derecho positivo, la derogada Constitución de 1961, estableció la responsabilidad del Estado en su Art. 47, casi de la misma manera en que lo hizo la Constitución de 1901. Así, la mencionada disposición preveía que

> en ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

B. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

§1586. Constitución de 1999 — Una de las innovaciones importantes de la Constitución de 1999 en materia de régimen general del ejercicio del Poder Público, fue la reiteración constitucional expresa y categórica del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños y perjuicios que cause en el ejercicio de sus funciones, a través de normas de mayor rigor técnico, más modernas, amplias y claras (L. Ortiz-Alvarez).

Dicha consagración general se desprende también del Art. 6, *eiusdem*, el cual establece que "el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables".

Más concretamente, el reconocimiento en cuestión respecto a la Administración Pública se realiza a través del Art. 141 de la C, el cual prevé:

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento a la ley y al derecho.

Y finalmente, la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, de las personas jurídicas estatales en sus respectivos niveles territoriales, por el funcionamiento de sus Administraciones Públicas, es regulada específicamente y más clara en el Art. 140 de la Constitución de 1999 de la forma siguiente: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública".

§1587. Interpretación sistemática — El Art. 140 de la C no puede analizarse separado o de manera individual, sino que debe interpretarse conjuntamente con todas las demás disposiciones constitucionales que tratan el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, pero en especial, con la Exposición de Motivos de la Constitución.

Otras disposiciones constitucionales que constituyen la base del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado son: los Arts. 25, 137, 138 y 350 (principio de legalidad); l 4, 165 y 184 (principio de corresponsabilidad por las gestiones públicas); los artículos 26 y 49 (derecho a la tutela judicial efectiva); 117 (defensa de los derechos de los consumidores a recibir bienes y servicios de calidad y su consecuente derecho al resarcimiento por los daños causados por la violación de dicho derecho); 21, 133, 311 y 316 (principio de igualdad de las cargas públicas); 115 (garantía de la propiedad, integridad patrimonial e indemnización en la expropiación); 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 242, 244, 255, 281 y 285 (responsabilidad de los funcionarios públicos, entre ellos el Presidente de la República y los Ministros); y finalmente, 19, 29, 30, 31 y 46 (responsabilidad por violación de los derechos humanos).

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A. INTRODUCCIÓN

§1588. Planteamiento general — La Administración Pública debe, dentro de ciertas condiciones, reparar los daños que su actividad puede causar. En la evolución del sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado, si bien la responsabilidad está generalmente fundada en la falta, esto es, por incumplimiento de una obligación preexistente, esta ha dejado de ser el presupuesto único y principal para el funcionamiento de la misma, siendo que lo más importante ahora es el derecho de las personas a la integridad o al restablecimiento de la integralidad patrimonial.

§1589. Fundamento jurídico — Es la concepción misma del Estado la que favorece el nacimiento y la expansión de la responsabilidad administrativa,

si se toma en cuenta otra idea que está en la base del Derecho público democrático: la igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

Si, en efecto, el perjuicio causado por la organización y funcionamiento de la Administración Pública se analiza como una carga pública, y la reparación pecuniaria termina distribuyendo finalmente sobre la colectividad esa carga pública, incontestablemente que el principio de igualdad ante las cargas públicas de las personas exige la responsabilidad administrativa.

§1590. Elementos — Vamos a tratar, en detalle, los mencionados presupuestos, dejando claro antes, que aunque los mismos aplican para la responsabilidad del Estado en general, nos interesa por de pronto hacer referencia sólo a la Administración Pública (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 28 de noviembre de 2001, caso *Consorcio Inversionista Fabril*), en la cual se destacó que de acuerdo con el texto del Art. 140 del Texto Fundamental, los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad de la Administración, son: a) que se haya producido un daño a los administrados en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos; b) que el daño infligido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento, sea éste normal o anormal; y c) la imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el hecho imputado a la Administración y el daño efectivamente producido por tal hecho.

B. RÉGIMEN JURÍDICO

§1591. Planteamiento — De acuerdo con el Art. 140 de la C, para que proceda la responsabilidad administrativa se requiere la presencia de los presupuestos o elementos de existencia o constitutivos, a saber:

- La existencia de una falta consistente en la deficiencia de la organización o funcionamiento de la Administración Pública.
- La existencia de un daño constituido por una afección a un bien o derecho tutelado por el Ordenamiento jurídico o disminución patrimonial.
- La actuación u omisión que la cause sea imputable a la Administración Pública..
- La relación de causalidad entre tales elementos (Véase Sents. del TSJ/SPA (968), de fecha 5 de febrero de 2000, RDP Nº 82, p. 244; TSJ/SPA (943), de fecha 15 de febrero de 2001, RDP Nº 85-86/87-88, p. 114).

I. FALTA

§1592. Concepto — En principio, la responsabilidad administrativa solo se encuentra comprometida cuando el daño tiene su origen en un comportamiento que constituya falta. La doctrina sostiene que la falta es una deficiencia en la organización o el funcionamiento de la Administración Pública;

puede consistir en un acto material o jurídico, resultar de una acción positiva o de un retardo, inactividad, una negligencia, ya sea anónima o colectiva, o ya imputable a una persona en concreto.

Sin embargo, la responsabilidad administrativa puede estar comprometida de pleno derecho, sin falta, desde que un nexo de causalidad aparece entre una actividad o inactividad administrativa y un daño. La víctima en este caso no tiene que probar la falta de la Administración Pública. Esta modalidad de responsabilidad administrativa es denominada objetiva.

§1593. Clases — En principio, una falta simple es suficiente para comprometer la responsabilidad administrativa (por ejemplo, servicios de socorro, servicios hospitalarios, etc.); pero en alguno ámbitos delicados se exige una falta grave (por ejemplo, en materia de policía administrativa, servicios penitenciarios, tutela administrativa, etc.).

II. DAÑO

§1594. Concepto — Al contrario de lo que prevalecía en el sistema de responsabilidad subjetiva, donde la falta o culpa es esencial para el surgimiento de la responsabilidad administrativa, actualmente el daño o perjuicio en la integridad patrimonial del particular es el elemento esencial para ello.

§1595. Caracteres — Lo anterior no significa que toda actividad o inactividad de la Administración Pública que cause un daño a un bien o derecho de una persona deba ser resarcido por el Estado. En efecto, el hecho perjudicial debe reunir ciertos caracteres: (i) cierto; (ii) individualizable; y por último (iii) integral.

§1596. Cierto — El daño debe haberse materializado, ser cierto; es decir, no se puede hablar de un daño que podría darse en un futuro, o eventual, más bien, debe haberse dado, ser real o efectivo, esto es, debe constituir una afectación cierta a la persona o al patrimonio de bienes y derechos de la persona (Véase Sent. de TSJ/SPA (288), de fecha 25 de julio de 2003, RDP Nº 93-94/95-96, p. 131).

§1597. Individualizable — El daño también debe ser individualizable; es decir, singular respecto a una persona o grupo de personas determinado, que no deba ser soportado en general por todos y que vaya en contra del principio de igualdad ante las cargas públicas.

§1598. Integralidad — Por último, el daño sobre la persona o su patrimonio no necesariamente debe ser sobre algo material, ya que dicho daño puede ser también moral (Véase CE, de fecha 24 de noviembre de 1961, fallo *Letisse-*

rand). Lo importante es, pues, que sea evaluable económicamente (principio de la integralidad del patrimonio o de la reparación integral del daño).

III. NEXO CAUSAL

§1599. Concepto — Finalmente, no basta tampoco con que la persona que reclama un daño en su haber pruebe el mismo, sino que también es necesario que exista un nexo o relación de causalidad entre el daño que se alega y la situación imputable a la Administración Pública, que es lo que comúnmente se denomina relación causa-efecto.

§1600. Motivos de exoneración — Ahora bien, no es poco usual que cuando se demanda la responsabilidad de la Administración Pública, esta se escude tras motivos que interfieren en la relación de causalidad entre aquello que genera un daño y el mismo, o en la cadena causal.

Dichos motivos que podrían interrumpir la producción del nexo causal, y por tanto ser alegados por la Administración Pública para exonerarse legítimamente de la obligación de resarcimiento por daños ocasionados a una persona, son generalmente: (i) la fuerza mayor; (ii) el hecho de un tercero; y por último (iii) el hecho de la víctima.

§1601. Fuerza mayor — La fuerza mayor se ha definido como los acontecimientos ajenos (externos) al funcionamiento de la Administración Pública, imprevisibles, de carácter irresistible, inevitables y no esperados razonablemente; por ejemplo, las inundaciones catastróficas, maremotos, incendios causados por la naturaleza misma, entre otros acontecimientos semejantes.

En consecuencia, en los casos de fuerza mayor la causa del daño es ajena al funcionamiento de la Administración Pública.

§1602. Hecho de un tercero — Otro de los motivos por los cuales la Administración Pública pudiera invocar el rompimiento del vínculo o nexo causal entre un hecho y el daño causado a una persona, es el hecho de un tercero, o aquel causado por un sujeto ajeno o distinto al perjudicado y a la Administración Pública, y que en tal caso deberá ser la única causa del daño; de lo contrario, la Administración Pública será igualmente responsable.

§1603. Hecho de la víctima — Finalmente, se encuentra que la Administración Pública puede alegar el hecho o culpa de la víctima para exonerarse de la responsabilidad. Este es el caso en el que el perjudicado no actúe con la diligencia que exige ser "un buen padre de familia" y, por tanto, haber tenido toda la culpa en el origen del daño que se ha ocasionado.

Si por el contrario, la Administración Pública concurre en la producción del daño, deberá ser responsable en la medida que haya contribuido a ello, esto es, un supuesto de la llamada concurrencia de culpa o de responsabilidades por una misma falta.

IV. IMPUTABILIDAD

§1604. Concepto — Como último presupuesto para que proceda la responsabilidad administrativa encontramos la imputabilidad del daño. No solo es necesario probar la existencia de un daño y la relación de causalidad del mismo y el hecho, acto u omisión de la Administración Pública, sino que es imprescindible que dicho daño sea imputable o atribuible a ella.

§1605. Derecho positivo — De acuerdo con la jurisprudencia el hecho perjudicial o falta debe ser directamente atribuible a la Administración Pública y debe constituir una afectación cierta al patrimonio de bienes y derechos de la persona (Véase Sent. del TSJ/SPA (288), de fecha 25 de febrero de 2003, RDP, Nº 93-94/95-96, p. 131).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública,* Paredes Editores, Caracas, 2010; García Rodríguez, M., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en España* y *Venezuela, Estudio Comparativo,* PGR, Caracas, 1996; González Pérez, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,* 4ª Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006; Hauriou, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 11ª Ed., Sirey, París, 1927; Long M., Weil P. y Braibant G., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa.* 1ª Ed. en español, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000; Ortíz Alvarez, L., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995 y "La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela en la Constitución de 1999 (Visión general sustantiva y el mito del carácter objetivo del sistema)", en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata,* T. I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006; Saavedra Becerra, R., *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública,* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003.

Tema 38. Clasificación

Sumario: FUNCIONAMIENTO ANORMAL (POR FALTA DE SERVICIO): Régimen jurídico. Clasificación. FUNCIONAMIENTO NORMAL (SIN FALTA DE SERVICIO): Régimen jurídico. Clasificación.

FUNCIONAMIENTO ANORMAL (POR FALTA DE SERVICIO)

§1606. Plan — El sistema de responsabilidad administrativa en el Derecho positivo es un sistema mixto en tanto cabe distinguir dos regímenes indemnizatorios (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 25 de enero de 1996, caso *SERMES FIGUEROA*). En efecto, la reparación de los daños sufridos por las personas por el hecho de la actividad o inactividad de la Administración Pública se ha acrecentado como consecuencia de la extensión de dos tipos de responsabilidad derivadas de: (i) el funcionamiento anormal (por falta de servicio); y (ii) el funcionamiento normal (sin falta de servicio) (Véase Sent. del TSJ/SPA ACC (2132), de fecha 16 de noviembre de 2004, RDP Nº 99-100, p. 77).

A. RÉGIMEN JURÍDICO

§1607. Concepto — La responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal (o por falta de servicio) aparece como el caso normal de responsabilidad en Derecho administrativo. Para que proceda la declaratoria de la responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal o por falta de la Administración Pública (condición de la responsabilidad), es necesario que el afectado pruebe previamente la falta (ilegalidad) y, por supuesto, el daño y el nexo causal, salvo que para proteger a dicho afectado se presuma la falta por ser esta de difícil prueba, lo cual hace necesario invertir la carga de la prueba, quedando así a cargo de la Administración Pública el deber de probar la ausencia del funcionamiento anormal que se le imputa, para poder exonerarse de responsabilidad.

§1608. Fundamento — El fundamento de la responsabilidad administrativa por falta es que todas las personas tienen derecho a un funcionamiento normal y eficaz de la Administración Pública. Por tanto, la falta de servicio viene dada por la violación a las obligaciones a cargo de la Administración Pública y puede revestir aspectos muy diferentes: por ejemplo, ciertas situaciones como el funcionamiento defectuoso, las demoras, las inactividades, las vías de hecho, la mala o no prestación de los servicios públicos; la ilegalidad que pueda afectar a los actos administrativos o reglamentos, o cualquier incum-

plimiento del Derecho; o, en suma, la mala actuación de la Administración Pública que cause un daño, debe ser indemnizado.

B. CLASIFICACIÓN

§1609. Clases — La responsabilidad administrativa por falta de servicio se ha desarrollado de manera doble: (i) la falta de los funcionarios públicos; y (ii) las faltas de la Administración Pública propiamente suyas.

En el primer caso, la obligación de la Administración Pública de responder por las faltas de los funcionarios públicos no tiene nada de extraño por cuanto, inseparable del ejercicio de las funciones públicas, ellas aparecen no como faltas personales sino como faltas del servicio, con ocasión del servicio o no desprovistas de todo vínculo con el servicio.

En el segundo caso es referido a las faltas propias a la Administración Pública como por ejemplo en materia de policía administrativa (Véase CE, de fecha 10 de febrero de 1905, fallo *Tomaso Grecco*); o por actividades médicas o quirúrgicas (Véase CE, de fecha 10 de abril de 1992, fallo *Esposos V.*).

En este último caso, especial mención merece el daño reparable en el marco de las faltas en la prestación de los servicios públicos, así: (i) el mal funcionamiento (*culpa in commitendo*) como por ejemplo el estado defectuoso de una vía pública; (ii) el retardo (*culpa in diligendo*) en el funcionamiento como por ejemplo la demora en el ingreso en los puestos de emergencia de los servicios hospitalarios; y por último (iii) el no funcionamiento (*culpa in omitiendo*) de los servicios públicos como por ejemplo la ausencia de señalización de reparaciones en la vía pública.

§1610. Derecho positivo — La responsabilidad administrativa encuentra, según la jurisprudencia (Véase Sents. del TSJ/SPA (968), de fecha 2 de mayo de 2000, RDP, Nº 82, p. 243; y del TSJ/SPA ACC (2132), de fecha 16 de noviembre de 2004, Nº 99-100, p. 77), fundamento expreso en el principio de igualdad o equilibrio ante las cargas públicas –conocida también como la teoría de la raya– el cual se basa en que la Administración Pública persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos, y si en el ejercicio de sus potestades causa un daño a un administrado, este no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración Pública.

§1611. Motivos de exoneración — Por último, la doctrina nacional (Ortiz-Alvarez), en los casos de responsabilidad por funcionamiento anormal o con falta de la Administración Pública, ha sostenido que admite las cuatro causales o motivos clásicos de exoneración:

- La falta de la víctima.
- La fuerza mayor.
- El caso fortuito.
- El hecho de un tercero aunque, en los casos de presunciones de funcionamiento anormal solo son procedentes las dos primeras y no las dos últimas.

FUNCIONAMIENTO NORMAL (SIN FALTA DE SERVICIO)

A. RÉGIMEN JURÍDICO

§1612. Concepto — A diferencia de la responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal (o con falta de servicio) de la Administración Pública, en el caso de la responsabilidad administrativa por funcionamiento normal (o sin falta de servicio), ni la víctima tiene nada que reprocharle a la Administración Pública, ni esta puede excusarse detrás del exacto cumplimiento de sus funciones, pues a pesar de que la Administración Pública actúe sometida a los parámetros de la legalidad, puede causar un daño a la persona que por su gravedad (anormalidad) y especialidad no tiene el deber jurídico de soportar, dado que ninguna norma así lo prevé.

§1613. Presupuestos — Por una parte, el daño anormal o grave es aquel que sobrepasa los niveles normales de tolerabilidad o exigibilidad, ya que son daños intensos o importantes o no cotidianos (como ejemplo, los daños corporales, los daños materiales de bienes, entre otros); mientras que por la otra, el daño especial es aquel sufrido por una persona o grupo determinado de personas que no permite ser entendido como una carga que incumbe normalmente a las personas.

En este régimen de responsabilidad administrativa, es suficiente que el daño sea la realización de un riesgo o que rompa el principio de igualdad ante las cargas públicas; ya no importa la prueba de la falta o de una ilegalidad, la misma pasa a ser irrelevante, lo que importa es la integridad patrimonial de la persona frente al funcionamiento de la Administración Pública y las cargas que éste no debe soportar.

B. CLASIFICACIÓN

§1614. Plan — La teoría de la responsabilidad administrativa por funcionamiento normal (o sin falta de servicio) constituye un correctivo aportado por el Derecho administrativo al carácter desigual que existe entre el principio de preeminencia del interés general que la Administración Pública tiene la misión de hacer prevalecer donde se encuentra en conflicto con el interés de las personas y el principio de igualdad ante las cargas públicas que exige

la reparación de todo daño imputable a una actividad pública cuando este excede las sujeciones normales inherentes a la vida en sociedad.

En tal sentido, la teoría de la responsabilidad administrativa sin falta de servicio está fundada sobre los dos aspectos siguientes: (i) la idea de riesgo y (ii) el sacrificio particular. La doctrina basa estos supuestos en un principio único y común como es el principio de igualdad ante las cargas públicas (Saavedra Becerra).

§1615. Teoría del riesgo — La responsabilidad administrativa por riesgo fue admitida por la jurisprudencia francesa mucho antes que el Derecho común. El daño aparece como el resultado de la realización de un riesgo; por ejemplo, el empleo de artefactos peligrosos, o la realización de actividades o situaciones peligrosas. En efecto, en razón de las ventajas que la Administración Pública toma de la actividad de terceros o de sus propias actividades se justifica que, en contrapartida, ella indemnice a quienes resultan siendo víctimas.

Así, las actividades peligrosas y riesgosas comprenden tres hipótesis:

- Las cosas peligrosas (por ejemplo, armas, vehículos, cables de alta tensión).
- Los métodos peligrosos (por ejemplo, los operativos de vigilancia policial).
- Los daños de trabajos y obras públicas (por ejemplo, la ocupación temporal de inmuebles).

Así tenemos que sus colaboradores, tanto los permanentes como los funcionarios públicos (Véase CE, de fecha 21 de junio de 1895, fallo *Cames*), como los ocasionales (Véase CE, de fecha 22 de noviembre de 1946, fallo *Municipio de Saint-Priest-la-Plaine*, en GFJAF, p. 263), tendrán derecho de ser cubiertos del perjuicio total sufrido en cumplimiento de la actividad de colaboración.

Por otro lado, los riesgos particulares a los cuales expone la Administración Pública no solo a terceros sino también a los usuarios, en los casos de cosas peligrosas como los explosivos (Véase CE, de fecha 28 de marzo de 1919, fallo *Regnault-Desroziers*, en GFJAF, p. 139), las armas peligrosas (Véase CE, de fecha 24 de junio de 1949, fallo *Consortes Lecomte*, en GFJAF, p. 289), las actividades peligrosas (Véase CE, de fecha 3 de febrero de 1956, fallo *Thouzellier)* y los accidentes de obras públicas (Véase CE ass., de fecha 28 de mayo de 1971, fallo *Departamento du Var*), dan derecho, a partir de su realización, a la indemnización de las víctimas, sin otra condición que la existencia del daño y su vínculo con el riesgo en causa.

§1616. Teoría del sacrificio particular — El otro supuesto de responsabilidad sin falta es cuando la Administración Pública hace soportar cargas particulares a ciertas personas, en función del interés general. En tales casos, el daño rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, y presenta las características de: (i) especialidad; y (ii) de anormalidad que son necesarias para caracterizar dicha ruptura.

Así se ha admitido la responsabilidad administrativa en la jurisprudencia francesa en el caso de decisiones administrativas regulares, como fue la negativa, cuenta tenida de las circunstancias especiales de evitar graves trastornos del orden público, de hacer ejecutar una decisión judicial proferida por un tribunal francés (Véase CE, de fecha 30 de noviembre de 1923, fallo *Couitéas*, en GFJAF, Ob. cit., p. 164); la adopción de un reglamento de policía (Véase CE, de fecha 27 de febrero de 1963, fallo *Gavarnie*); e incluso de un acto administrativo (Véase CE, de fecha 28 de octubre de 1947, fallo *Cap Janet*). Esta jurisprudencia se aplica cuando la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas es la consecuencia de la abstención regular de adoptar un acto, reglamentario o administrativo, justificada por el interés general o las exigencias del orden público.

Finalmente, también dará derecho a la reparación los daños no accidentales que son consecuencia inevitable de la existencia, ejecución o del funcionamiento de una obra pública; por ejemplo, los caso de inconvenientes de vecindad (Véase CE, de fecha 24 de julio de 1931, fallo *Comuna de Vic-Fézensac*).

§1617. Derecho positivo — La responsabilidad administrativa por funcionamiento normal (o sin falta de servicio) de la Administración Pública ha sido reconocida por la jurisprudencia venezolana (Véase Sents. de la CPCA, de fecha 5 de mayo de 1983, caso *F.L Cabello Sánchez*; de la CSJ/SPA, de fecha 30 de noviembre de 1994, caso *R. Gallardo vs. INOS;* y del 16 de junio de 1980, caso *Cauchos General*), aún antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 pero, en especial, se puede consultar la sentencia emblemática en la cual se sostiene que la responsabilidad del Estado debe analizarse a partir de sus fundamentos constitucionales, en los cuales se contempla el deber de indemnizar por la Administración Pública, derivados de su responsabilidad en general, o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aún por sus actos lícitos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 27 de enero de 1994, caso *Promociones Terra Cardón C.A. Médanos de Coro*).

Asimismo, la doctrina nacional (Ortiz-Alvarez) sostiene que la Administración Pública tendrá el deber de indemnizar cuando estando llamada a ejercer sus competencias de manera irrenunciable, puede y a veces debe generar

riesgos o peligros a las personas necesarios al interés público, y por tanto causar daño (teoría del riesgo). Finalmente, admite otra de las perspectivas bajo las cuales ha sido estudiada la responsabilidad administrativa por funcionamiento normal (teoría del sacrificio particular).

BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General.* Vol. II *Administración Pública,* Paredes Editores, Caracas, 2012; García Rodríguez, M., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado en España y Venezuela, Estudio Comparativo,* PGR, Caracas, 1996; Long, M.; Weil P. y Braibant, G., *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa.* 1ª Ed. en español, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000; Ortíz Alvarez, L., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995; Saavedra Becerra, R., *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública,* 1ª reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

CONTENIDO DETALLADO

SEGUNDA PARTE
La Teoría de la Administración Pública

Lección 4. Administración Pública

Lección 5. Acto Administrativo

Lección 6. Contrato Administrativo

CUARTA PARTE
La Teoría del Servicio Público

Lección 7. Servicio público

QUINTA PARTE
La Teoría de la Función Pública

Lección 8. Función Pública

SEXTA PARTE
La Teoría del Control Administrativo

Lección 9. Procedimiento Administrativo

Lección 10. Revisión Administrativa